

Das öffentliche Eigentum

Die Verfassungsmäßigkeit, theoretische Ableitung
und praktische Brauchbarkeit des Instituts des
öffentlichen Eigentums in landesrechtlichen Regelungen.

Ein Beitrag zum öffentlichen Sachenrecht.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität

München
—

vorgelegt von

JUSTUS WOYDT
aus Hamburg

München 1970
—

Das öffentliche Eigentum

Die Verfassungsmäßigkeit, theoretische Ableitung
und praktische Brauchbarkeit des Instituts des
öffentlichen Eigentums in landesrechtlichen Regelungen.
Ein Beitrag zum öffentlichen Sachenrecht.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität

München

vorgelegt von

JUSTUS WOYDT
aus Hamburg

München 1970



Referent: Prof. Dr. Maunz

Korreferent: Priv.Doiz. Dr. Gallwas

Tag der mündlichen Prüfung: 12.2.1970

Inhaltsverzeichnis

Untersuchungsgegenstand	1
E r s t e r T e i l	
Schranken des Gestaltungs- und Handlungsermessens des Landesgesetzgebers	
1. Die kompetenzbeschränkende Funktion der Kodifikationsklauseln im Rahmen der Kompetenzverteilung des GG	4
1.1 Allgemeine Bedeutung des Kodifikations- begriffs als einer rechtspolitischen Forderung	4
1.2 Bedeutung im Rahmen der Verfassung von 1871	6
1.21 Kompetenzregelung der Verfassung von 1871	6
1.22 Inhalt der Kodifikationsklausel unter der Verfassung von 1871	14
1.23 Die Bedeutung der Kodifikationsklausel des BGB	16
1.231 Art. 3 und 55 EGBGB	16
1.232 Art. 55 EGBGB als erweiternde Abgrenzungs- norm	22
1.24 Bedeutung des Bestehens von öffentlichem Eigentum in den linksrheinischen Gebieten für die Gesetzgebungskompetenz der Länder nach Inkrafttreten des BGB ...	25

1.3	Bedeutung der Kodifikationsklauseln im Rahmen des Grundgesetzes	30
1.30	Die Kodifikationsklauseln des BGB als Ausdruck statischen Beharrens im Gegen- satz zur Dynamik der gesellschaftlichen Entwicklung	31
1.31	Das Kodifikationsprinzip im Rahmen der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes .	36
1.311	Die Grundregelung der Art. 30 und 70 ff GG	38
1.312	Art. 30 und Art. 70 GG als Träger der Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder	40
1.313	Die Bedeutung des Art. 72 GG für die Kodifikationsklauseln.....	45
1.314	Art. 55 kann nicht als Sperrgesetz aufrechterhalten bleiben	51
1.32	Ergebnis der Untersuchung	58
1.4	Zwischenbemerkung	59
2.	Das Homogenitätsprinzip des Art. 28 Abs. 1 GG als eine verfassungsrechtliche Schranke der Gesetzgebungsfreiheit des Landesgesetzgebers	61
2.1	Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG in seiner Aus- wirkung auf die Länderverfassungen	61
2.2	Zum Begriff der "Homogenität" im Art. 28 Abs. 1 GG	62
2.3	Die Ausstrahlung des in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 niedergelegten Homogenitäts- prinzips in den Bereich des einfachen Landesgesetzgebers	68

2.4	Ergebnis	68
3.	Die kompetenzbeschränkende Funktion der Verfassungsdirektiven und ihr Verhältnis zur Gestaltungsfreiheit des Landesgesetz- gebers	69
3.1	Der Verfassungssatz von der "Bundestreue"	70
3.11	Kritik Hesses an dem Begriff der Bundestreue	71
3.12	Entgegnung	73
3.13	Inhalt des Begriffs Bundestreue in seiner Bedeutung als "Gleichgestimmtheit im Entstehungsverfahren"	75
3.14	Die Bundestreue als Schranke des Handlungs- und Gestaltungsermessens des Landesgesetzgebers	76
3.15	Auswirkungen auf die Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers. Als Grenz- kritisieren kommen die Begriffe des Miß- brauchs und der "Sogwirkung" in Frage ...	77
3.16	Ergebnis, bezogen auf das öffentliche Eigentum	86
3.2	Die Verfassungsdirektive 'Rechtseinheit', insoweit sie sich unmittelbar aus dem Grundgesetz ergibt	88
3.21	Rechtseinheit als Ausdruck des modernen Strebens nach Gleichheit	90

3.22	Die Bedeutung des Begriffs Rechtseinheit im Rahmen der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes	92
3.221	Der Streit um die Bedeutung des Art. 72 Abs. 2 GG im Verhältnis zu Art. 125 GG .	92
3.222	Art. 72 Abs. 2 GG als unselbständige Norm im Rahmen der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes	94
3.23	Die Folge des Fehlens einer allgemeinen Zuständigkeit zur Wahrung der Rechtsein- heit für das Gebiet des öffentlichen Rechts	98
3.24	Möglichkeiten, die Kompetenzen der Länder auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zu beschränken	100
3.241	Begriff des "Bürgerlichen Rechts" in Art. 74 Ziff. 1 GG	101
3.242	Selbstbeschränkung der Länder und Er- weiterung der Kompetenzen des Bundes ...	105
3.25	Ergebnis	109
4.	Die Bindung des Landesgesetzgebers an den Gleichheitssatz in Art. 3 GG	110

Z w e i t e r T e i l

Konstruktion des öffentlichen Eigentums

1.	Öffentliches Eigentum als Begriff	114
1.1	Ist der Begriff Eigentum okkupiert durch die bürgerlich-rechtliche Regelung der §§ 903 ff BGB	116

1.2	Die Abhängigkeit des Begriffsinhalts von den jeweiligen gesellschaftlichen Gegebenheiten	118
1.3	Kriterien des Eigentumsbegriffs im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches	122
2.	Der Begriffsinhalt "öffentliches Eigentum"	126
2.1	Öffentliches Eigentum im Rahmen des öffentlichen Sachrechts	128
2.2	Konstruktionsversuche auf dem Boden des öffentlichen Rechts	133
2.21	Das öffentliche Eigentum Otto Mayers	133
2.211	Kritik an der Lehre Otto Mayers	138
2.212	Entgegnung auf die Kritik	141
2.213	Otto Mayers Begriff im Verhältnis zur Fiskustheorie	143
2.22	Der Konstruktionsversuch von Theodor Maunz	145
2.23	Sonstige Konstruktionsversuche	149
2.3	Die herrschende Lehre von der Zweckbindung des Privateigentums	151
2.31	Ursprüngliche Theorie: Zweckbindung gleich Gemeingebrauch	152
2.32	Die erweiterte Zweckbindungstheorie	154
2.33	Die absolute Zweckbindungstheorie und ihre Ablehnung des öffentlichen Eigentums	159

2.331	Die Ansicht Hardinghaus und seine Begriffe der Potentialität und der Verkehrsfähigkeit	160
2.332	Die Ansicht Sterns	169
2.333	Schlußfolgerung und Ergebnis	173
2.4	Das öffentliche Eigentum - Begriff und Umfang	175
2.41	Öffentliches Eigentum bedeutet nicht Hoheit	177
2.42	Die dem öffentlichen Eigentümer gegebene Verfügungsgewalt ist grundsätzlich ver- schieden von der des Privateigentümers ..	181
2.43	Gegensatzpaare, die das öffentliche Eigen- tum vom Privateigentum unterscheiden	184
2.44	Aufgabe des Trägers des öffentlichen Eigentums	185
2.5	Die Entstehung des öffentlichen Eigentums	187
2.51	Originäres öffentliches Eigentum	188
2.52	Derivatives öffentliches Eigentum	193
2.521	Umwandlung des Privateigentums in öffentliches Eigentum durch Gesetzesbefehl	193
2.522	Mit der Widmung oder dem Eigentums- erwerb, wenn beide Vorgänge zu ver- schiedenen Zeitpunkten stattfinden	198
2.6	Die Widmung (der Organisationsakt) als Kreaktionsakt des öffentlichen Eigentums	199

2.61	Kritische Stellungnahme zum Widmungs- begriff im herkömmlichen Sinne	200
2.62	Widmung als Organisationsakt und die Gesetzesabhängigkeit der Organisationsgewalt	204
2.63	Umfang der Widmung und ihre Abhängig- keit von der Verfügungsbefugnis über die zu widmende Sache	211
2.64	Die Widmung als Organisationsakt kann enteignenden Charakter haben; sie ist daher in diesen Fällen mit einer Ent- schädigungsregelung zu verbinden	215
2.65	Das Zustimmungserfordernis	217
2.7	Das öffentliche Eigentum macht den Träger der öffentlichen Sache nicht zum Vertreter des Gemeinwohles schlechthin	218

D r i t t e r T e i l

Das öffentliche Eigentum als positive Norm	222
--	-----

1.	Das Hamburgische Wegegesetz als Ergebnis einer konsequent öffentlich-rechtlichen Sachordnung	224
1.1	Die historischen Voraussetzungen für die Schaffung eines Institutes des öffentlichen Eigentums im Hamburgischen Wegegesetz	224
1.2	Das öffentliche Eigentum an den Wegen und ihrem Zubehör im Hamburgischen Wegegesetz	227

1.3	Auswirkungen der öffentlich-rechtlichen Regelung	230
1.4	Die Regelung des HWG und die Ortsdurchfahrten der Bundesfernstraßen	232
1.41	Ortsdurchfahrten im Eigentum der Stadt .	233
1.42	Bedenken gegen den Übergang des Eigentums an den Bundesfernstraßen aufgrund der Regelung des Artikel 90 GG	234
1.43	Keine völlige Einheitlichkeit der Eigentumsordnung	235
1.44	Das Verhältnis des § 8 Abs. 1o FStrG zu der öffentlich-rechtlichen Sachordnung des HWG	236
1.5	Haftungs- und Schadensersatzansprüche ..	237
1.51	Der Schutz der öffentlichen Sache	237
1.52	Nebenfolgen der öffentlich-rechtlichen Schadensersatzregelung	240
1.53	Die Staatshaftung gegenüber dem Benutzer und Anlieger der öffentlichen Straßen und Wege	242
1.531	Die Verkehrssicherungspflicht	242
1.532	Verkehrssicherungspflicht auf den Ortsdurchfahrten	246
1.54	Die konsequente Ausschaltung der privatrechtlichen Nachbarrechte	248
1.6	Der Rechtsweg	253

1.7	Die Nutzungsordnung im Rahmen des HWG	255
1.8	Entschädigungsregelung	258
1.9	Ergebnis	261
2.	Das Gesetz zur Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse	262
3.	Die Möglichkeit , das öffentliche Eigentum auch dort nachzuweisen, wo es nicht positive Norm ist	267
	Schlußbetrachtung	270
	Literaturverzeichnis	272
	Anhang I	
	Anhang II	

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	=	anderer Ansicht
a.a.O.	=	am angegebenen Ort
AKB	=	Allgemeine Bedingungen für die Kraftverkehrsversicherung in der Fassung vom 3.9.1965 (Banz.Nr.172)
AÖR	=	Archiv des öffentlichen Rechts (bis 26.1910: für öffentliches Recht)
ArbuR	=	Arbeit und Recht. Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
Art.	=	Artikel
aRV	=	Reichsverfassung von 1871
BB	=	Der Betriebsberater
BGBL.	=	Bundesgesetzblatt
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	=	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes
Diss.	=	Dissertation
DOG	=	Gesetz zur Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse - Deichordnungsgesetz
DÖV	=	Die öffentliche Verwaltung
DVB1	=	Deutsches Verwaltungsblatt
DVerw	=	Die Verwaltung. Herg. von Friedrich Giese, Braunschweig
Fisch.Ztschr.	=	Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht
FStrG	=	Bundesfernstraßengesetz
GG	=	Grundgesetz

GVG	=	Gerichtsverfassungsgesetz
Hans.RGZ	=	Hanseatische Rechtszeitschrift
HessStGH	=	Hessischer Staatsgerichtshof
HGVBl	=	Hamburgisches Gesetzungsblatt
HWG	=	Hamburgisches Wechsungsblatt
HWaG	=	Hamburgisches Wasserrecht
JÖR	=	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JZ	=	Juristenzeitung
MDR	=	Monatsschrift für Rechtsgeschichte
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
RabelZ	=	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht von Rabel
RdA, RdArb.	=	Recht der Arbeit
RGBL	=	Reichsgesetzblatt
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Sächs.Arch	=	Sächsisches Archiv
StGHfddR	=	Staatsgerichtshof für die Deutsche Reichswehr
V.Energ.R.	=	Veröffentlichungen für Energierecht an der Universität Bonn, Düsseldorf
VerwArch	=	Verwaltungsarchiv
VVdStRL	=	Veröffentlichungen der Deutschen Reichsregierung
WHG	=	Wasserhaushaltsgesetz
ZSR	=	Zeitschrift für Schweizer Recht

Untersuchungsgegenstand

Ziel dieser Arbeit ist ein Zweifaches. Zum einen soll gezeigt werden, inwieweit der Landesgesetzgeber in seiner Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts durch verfassungsrechtliche Normen oder einfache Bundesgesetze beschränkt ist, das heißt, welche Grenzen seiner normschaffenden Phantasie gesetzt sind, und daß es sich daneben um ein allgemeines bundes- und rechtsstaatliches Problem handelt, ob die Legislative bei der Gesetzgebung im Bereich der öffentlichen Verwaltung auf Formen und Institute des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts zurückgreift. Dabei ist die Grenzziehung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht gleichzeitig maßgeblich für die Abgrenzung zwischen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes und der Länder. Je weiter die Grenze zum öffentlichen Recht hin verschoben wird, desto größer wird die Kompetenz der Länder.

Zum anderen soll an Hand des Instituts des öffentlichen Eigentums gezeigt werden, welche konkreten Möglichkeiten sich dem Landesgesetzgeber eröffnen, auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts Neuland zu betreten, im Rahmen des öffentlichen Rechts rechtsschöpfend tätig zu werden, mit anderen Worten: Daß das Institut des öffentlichen Eigentums eine sinnvolle, brauchbare Konstruktion darstellt, die in das öffentliche Sachenrecht einzuführen ein Gebot der Stilreinheit ist und von theoretischer Folgerichtigkeit.

In diesem Teil soll ein Beitrag geleistet werden zur Bestimmung der Eigenart des Verwaltungsrechts und der Versuch unternommen werden, einen weiteren Baustein zu liefern zu einem Gebäude des öffentlichen Rechts, das in seiner Eigenart voll anerkannt werden muß. Eine Forderung, die Fleiner¹⁾ schon 1901 aufgestellt hat.

Diesen beiden Zielen entspricht auch der Grundaufbau der Arbeit; allerdings erschien es angebracht, bezüglich des öffentlichen Eigentums eine weitere Untergliederung vorzunehmen in dem Sinne, daß die Fragen der theoretischen Konstruktion von denen der praktischen Anwendung getrennt wurden.

Als Schranken des Gestaltungs- und Handlungsermessens des Landesgesetzgebers kommen verfassungsrechtliche und einfache bundesrechtliche Normen in Frage. Dabei stellt sich hier nicht nur das Problem nach den Grenzen der landesgesetzgeberischen Hoheit, sondern auch nach den Kriterien, die den Bereich des öffentlichen Rechts abgrenzen gegen das Privatrecht. Also jene Prinzipien sind zu behandeln, deren Aufgabe es sein soll, den Bestand des Privatrechts zu wahren gegen die Übergriffe des öffentlichen Rechts, die Schutz gewähren sollen vor der angeblichen Gefräßigkeit des öffentlichen Rechts.

Aus Gründen der Anschaulichkeit soll dabei zuerst auf das Kodifikationsprinzip eingegangen werden, denn in erster Linie sieht sich der Landesgesetzgeber, jetzt konkret bezogen auf das öffentliche Eigentum, dem Einwand gegenüber, daß die Eigentumsordnung im BGB abschließend geregelt worden sei. Seinem Versuch, ein neues Institut des Eigentums zu schaffen, stehe daher die Kodifikationsklausel des BGB entgegen.

1) Vgl. in Umbildung S. 1

Danach werden die möglichen Begrenzungen, die sich aus dem Grundgesetz, sei es aus ausdrücklich kompetenzbeschränkenden Normen, sei es aus ungeschriebenen Verfassungssätzen ergeben, erörtert.

Da festgestellt werden wird, daß dem Landesgesetzgeber bezüglich des öffentlichen Eigentums kein Normierungsverbot entgegensteht, wird sodann der Versuch unternommen, eine saubere Konstruktionsmöglichkeit des öffentlichen Eigentums nachzuweisen und die Praktikabilität dieses so deduzierten Begriffs nachzuweisen.

Es wird sich hierbei zeigen, daß Recht und Rechtsideologie beim öffentlichen Eigentum keineswegs unvereinbar weit auseinanderliegen.

Um den notwendigen Beweis zu führen, wird auf bereits vorhandene Regelungen einer öffentlichen Sache auf der Grundlage des öffentlichen Eigentums eingegangen werden.

Erster Teil :

Schranken des Gestaltungs- und Handlungsermessens
des Landesgesetzgebers.

1. Die kompetenzbeschränkende Funktion der Kodifikationsklauseln im Rahmen der Kompetenzverteilung des GG

1.1 Allgemeine Bedeutung des Kodifikationsbegriffs als einer rechtspolitischen Forderung

Der Begriff der Kodifikation beinhaltet eine Utopie:
Daß es nämlich möglich sei, alle akuten Probleme der
Rechtssphäre der Zeit durch die einheitliche Zusammenfas-
sung in Kodifikationen, durch das Schaffen einheitlicher
Regelungen für alle Situationen zu lösen¹⁾. Durch ihre
Vollständigkeit sollten die Kodifikationen erschöpfend
sein und in einem Reich der Klein- und Kleinststaaten
gleiches Recht an verschiedenen Orten garantieren²⁾.

Richter und Rechtsgenossen sollten unter die Herr-
schaft des lückenlosen Normsystems gezwungen werden, daß
in widerspruchsfreier Folge vom einzelnen Rechtssatz,
vom einzelnen Rechtsinstitut zu den obersten Normbegriffen
und Grundsätzen aufsteigt³⁾. Anders ausgedrückt: Kodifi-
kation bedeutet der geistige Machtwille eines freien,

1) Einer der ersten, der dieses formulierte, war der
Engländer Jeremy Bentham, vgl. Hatscheck AöR; 24, 442 f.

2) Seagle a.a.O. S.414.

3) Wieacker Kodifikationsidee S.34.

allein dem Logos verpflichteten ethischen und moralischen Systems, welches sich die Wirklichkeit unterwerfen will¹⁾.

Ihren praktischen Ausdruck fand die Kodifikationsidee in Deutschland in den großen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts. An der Spitze dieser Kodifikationen steht das BGB, dessen umfassender Kodifikationsanspruch in den Art. 3 und 55 EGBGB abgesichert ist²⁾. Aus diesen Artikeln³⁾ ergeben sich auch die Bedenken gegen die Zulässigkeit eines neuen Instituts des Eigentums in Landesgesetzen, da sie das BGB in erster Linie gegen den Landesgesetzgeber absichern. Das kommt in den Motiven zum BGB deutlich zum Ausdruck: "Gegenüber dem Landesrecht hat das BGB den Charakter einer Kodifikation, welche den ihr angehörigen Rechtsstoff ausschließlich, das heißt dergestalt regelt, daß neben ihr keine andere Rechtsnorm Geltung haben oder künftig erlangen kann"⁴⁾.

1) Wieacker Kodifikationsidee S.34.

2) Art.55 lautet: "Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist". Art.3 lautet: "Soweit in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetz die Regelung dem Landesgesetzgeber vorbehalten oder bestimmt ist, daß landesgesetzliche Vorschriften unberührt bleiben oder erlassen werden können, bleiben die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft und können neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden".

3) Ohne Bedeutung ist insoweit Art.181 I, der lautet: "Auf das zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches bestehende Eigentum finden von dieser Zeit an die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung". Insbesondere kann aus Art.181 EGBGB schon deshalb zumindest zu der Frage, ob der Landesgesetzgeber den Begriff des öffentlichen Eigentums einführen darf, nichts hergeleitet werden, weil es sich um eine Übergangsvorschrift handelt. Sie bestimmt lediglich, daß auf das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehende Eigentum vom 1. Januar 1900 an die Vorschriften des BGB Anwendung finden (so BVerfG Urt.v.18.12.1968 - 1 BvR 638/64).

4) Mugdan Motive I S.146.

1.2 Bedeutung im Rahmen der Verfassung von 1871

Die Art.3 und 55 EGBGB sind unter der Herrschaft der sogenannten Bismarck'schen Reichsverfassung von 1871 entstanden (aRV) und daher in erster Linie im Rahmen der Kompetenzverteilung dieser Verfassung zu interpretieren, um den historisch gewollten und möglichen Gehalt der Kodifikationsklauseln herauszukristallisieren.

1.21 Kompetenzregelung der Verfassung 1871

Die Kompetenzverteilung im Rahmen der Gesetzgebungszuständigkeiten ergab sich in der aRV in erster Linie aus den Art.2 I und 4. Dabei kommt in Art.2 aRV nicht nur die derogierende Kraft des Reichsrechts zum Ausdruck. In diesem Fall wäre zum Beispiel Art.55 EGBGB überflüssig, da in ihm Selbstverständliches zum Ausdruck käme. Vielmehr müssen zwei Momente unterschieden werden. Ein staatsrechtliches, daß der höchste Wille im deutschen Reich der sei, den das Reich durch seine Organe ausspricht, wobei es beim Reich lag, ob es von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollte, und ein historisches Moment: "Es ist der Gedanke, daß in der Gesetzgebung der Wille des Ganzen herrschen soll"¹⁾. Bei der getroffenen Regelung fällt sogleich ins Auge, daß es an einer genauen und exakten Ab- und Umgrenzung der Zuständigkeitsbereiche zwischen dem Zentralstaat und den einzelnen Bundesstaaten fehlte. "Dort, wo die Verfassung von der rechtlichen Stellung der Hauptorgane des Reichs ... handelt, hat sie sich in der Tat auf außerordentliche Kürze, nur das Allernotdürftigste enthaltende und überall der Ergänzung durch Gesetzgebung und Auslegung bedürftige Sätze be-

1) So Posener, Reichsrecht, S.39 f(42).

schränkt" ¹⁾. Eine Ergänzung der Kompetenzregelungen durch die Bestätigung eines Bereichs der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Reich und Ländern ergab sich aus dem sogenannten Bayerischen Zusatzprotokoll ²⁾, das nach herrschender Ansicht materieller Bestandteil der Verfassung wurde ³⁾. Die konkurrierende Kompetenz des Bundes und somit das Recht der Länder bis zu einer Normierung durch ein Reichsgesetz auf dem betreffenden Rechtsgebiet tätig zu werden, hat in Art.VI des Zusatzprotokolls ⁴⁾ "eine besondere Anerkennung" ⁵⁾ gefunden. Dieses Zusatzprotokoll stellt nach Posener ⁶⁾ eine zulässige "authentische Interpretation" der Reichsverfassung durch ein Reichsgesetz dar.

-
- 1) Triepel, Kompetenzen, S.250. Er fügt hinzu, daß soweit die Festlegung der Kompetenzen betroffen ist, die Verfassung von 1871 sich in ihrer Zurückhaltung durchaus mit der amerikanischen Unionsverfassung messen könnte.
 - 2) "Protokoll betreffend den Abschluß eines Verfassungsbündnisses zwischen Seiner Majestät dem König von Preußen namens des Norddeutschen Bundes und Seiner Majestät dem König von Bayern vom 23.November 1870", veröffentlicht im RGBL.1871 S.23ff.
 - 3) Art.XVI des Protokolls; vgl.auch Haenel Staatsrecht I S.254; Laband, Staatsrecht II, S.122; Arndt, Staatsrecht, S.173.
 - 4) Wortlaut des Art.VI: "Als unbestritten wurde von dem Kgl.Preuß.Bevollmächtigten zugegeben, daß selbst bezüglich der Bundeslegislative zugewiesenen Gegenstände die in den einzelnen Staaten geltenden Gesetze und Verordnungen in so lange in Kraft bleiben und auf dem bisherigen Wege der Einzelgesetzgebung abgeändert werden können, bis eine bindende Norm vom Bunde ausgegangen ist".
 - 5) So Haenel a.a.O.; vgl.auch v.Seydel aRV S.41; Dambitsch aRV S.42; Meyer-Anschütz, Lehrbuch, S.715 FuBn.4; Arndt aRV Art.2 Anm.1.
 - 6) Reichsrecht, S.63.

Wenn also auch unter der Reichsverfassung von 1871 von einer konkurrierenden Gesetzgebung, in die seit der Ergänzung des Katalogs des Art.4 im Jahre 1873 auch das gesamte bürgerliche Recht fiel¹⁾, gesprochen werden kann, so darf doch nicht übersehen werden, daß das Grundgesetz sowohl gegenüber der alten Reichsverfassung als auch gegenüber der Weimarer Reichsverfassung eine bedeutende Erstarkung von Rechtsstaatlichkeit und Verfassungsbindung auf dem Gebiet der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern mit sich gebracht hat²⁾.

Denn auch durch das Schlußprotokoll wurde für die aRV nicht eine so scharfe und genaue Abgrenzung zwischen den Kompetenzbereichen der verschiedenen staatlichen Instanzen geschaffen, wie wir sie heute in der Regelung der Art.70ff GG haben; eine Regelung, die sich in ihrer Rigorosität erklärt aus dem Unterfangen, nach einer Zeit der absoluten Zentralstaatsmacht bis 1945 und einem System der Verfassungsdurchbrechungen vor 1933 eine bis ins kleinste gehende Regelung im Sinne eines föderalistischen Ausgleichs zwischen Bund und Ländern zu schaffen. Die aRV enthielt keine Vorschrift, die dem im Grundgesetz in den Art.30 und 70 zum Ausdruck gebrachten Gedanken einer absoluten, wenn auch bedingten Länderzuständigkeit gleichkam. Der Vorrang der Ländergesetzgebung tritt nicht zutage in der aRV, und auch über das Zusatzprotokoll

-
- 1) Es waren drei Anträge durch den Abgeordneten Lasker im Abstand von je einem Jahr notwendig, da sich erst nach dem dritten Antrag eine Mehrheit für die Aufnahme in den Art.4 fand.
 - 2) Scheuner DöV 66, 513ff(515); "Das Grundgesetz unterscheidet sich von seinen Vorgängern von 1870/71 und 1919 vor allem dadurch, daß es die Bereiche von Bund und Ländern durch scharfe und starre Linien abzugrenzen sucht. Insbesondere die Bismarck'sche Reichsverfassung bildete hierzu in ihrer hohen Beweglichkeit, die die Gestaltung föderaler Beziehungen weithin dem einfachen Gesetz und der Verständigung überließ, einen Gegensatz".

wird man nun nicht zu dem Ergebnis kommen können, daß eine so klare Regelung gewollt gewesen ist, wenn auch die Länder die Möglichkeit hatten, bis zu dem Erlaß eines Reichsgesetzes frei zu schalten¹⁾, da das "subjektive Recht" des Reiches zur Gesetzgebung (auch nach Art.2 aRV) erst kraft und nach Maßgabe eines Ausübungsaktes eintrat²⁾. Denn oberste Maxime des damaligen deutschen Reichsrechts war das "unbedingte Unterordnungsverhältnis der Landesgesetzgebung unter der Reichsgesetzgebung"³⁾, wobei dieser Satz nicht nur im Sinne des heutigen Art.31 GG zu verstehen ist. Es ist zwar richtig, daß sich diese Einschätzung aus der politischen Tatsache ergibt, daß der Bundesstaat als Garant der nationalen Einheit gesehen wurde und daher dem Bundesrecht gefühlsmäßig ein Übergewicht zukam⁴⁾. Das kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Auslegung im oben gebrachten Sinne der damaligen herrschenden Lehre entsprach⁵⁾. Triepel spricht daher zu Recht davon, daß die Verfassung des Reiches eine "bewegliche" Verfassung gewesen sei und verweist dazu auf die Möglichkeit, eine Verfassungsänderung im Bereich der Gesetzgebungskompetenzen auf dem Weg der gewöhnlichen Reichsgesetzgebung vorzunehmen. Dabei galt als einzige Einschränkung, daß schon 14 von den 58 Stimmen im Bundesrat einen Änderungsvorschlag zu Fall bringen konnten (aRV Art.78 Abs.1)⁶⁾.

1) Vgl. Max v.Seydel aRV S.41.

2) So Haenel, Staatsrecht, S.253 zu Art.2.

3) Schulze II, Staatsrecht, S.126; ein Grundsatz, der auch in der sog.Kompetenz-Kompetenz des Art.78aRV zum Ausdruck kam.

4) Fleiner in VVDStRL 6/3.

5) Es braucht insofern nicht eingegangen zu werden auf die umstrittene Auffassung Labands (Staatsrecht II,S.115), daß sich der Vorrang der Reichsgesetzgebung aus dem Hervorgehen aus der souveränen Gewalt ergäbe und den Ländern daher nur eine Autonomie zukäme. Vgl.dazu auch Fleiner a.a.O., S.6f.

6) Triepel a.a.O., S.278.

Allerdings war es auch für die aRV umstritten, ob für die Kompetenznormen der Verfassung eine strikte Auslegung im Rahmen der Art.2 und 4 zu verlangen sei und somit dem Reiche nur die ausdrücklich in der Verfassung zugewiesenen Kompetenzen zuerkannt werden durften¹⁾. Dazu sei angemerkt, daß der Wortlaut der Art.2 und 4 aRV keine strikte Auslegung rechtfertigt. Im Gegensatz zu Art.70 Abs.1 GG, der den Grundsatz aufstellt, daß die Länder die Gesetzgebungszuständigkeit haben, soweit das GG nicht dem Bund Befugnisse verleiht, enthielt die aRV keine ähnliche Formulierung. Im Gegenteil weist Triepel²⁾ darauf hin, daß ein Antrag, eine ähnliche Formulierung wie in § 5 der Verfassung des Deutschen Reiches von 1849 in die aRV aufzunehmen, zwar gestellt, aber abgelehnt worden sei, und die Verfassung selber daher von einem solchen Grundsatz nichts wisse, die Geschichte der Entstehung der Verfassung eher das Gegenteil beweise.

Weiter wurde die Möglichkeit von "stillschweigenden" Kompetenzbestimmungen neben den ausdrücklichen Kompetenzbestimmungen anerkannt³⁾, also die Existenz von ungesetzten Zuständigkeitsnormen. Das führte dann zu der Schlußfolgerung, daß "die Zahl der reichsgesetzlichen Bestimmungen, die durch keine Kompetenznormen des vierten Verfassungsartikels gedeckt sind und nur durch Berufung auf 'Inzidentkompetenzen' als verfassungsmäßig dargetan werden können, im ganzen schwerlich hinter der Zahl der entsprechenden (amerikanischen) Unionsgesetzen zurückblieben"⁴⁾.

1) Dafür Seydel a.a.O., S.102; Schulze a.a.O., S.12; Arndt, Staatsrecht, S.73 und ders. Kommentar, S.154; anders z.B. Triepel a.a.O., S.281ff, der zu Recht darauf hinweist (S.282 Fußn.2), daß dieser Satz keineswegs von allen, die ihn aufstellen, konsequent gehandhabt werde.

2) A.a.O., S.283 Fußn.1): Antrag Zachariae zu Art.2 aRV.

3) Haenel, Staatsrecht I, S.222; Triepel a.a.O., S.286.

4) Triepel a.a.O., S.293.

Darüber hinaus ergibt sich auch in der Form und den Anforderungen an den Inhalt der reichsrechtlichen Norm, mit der die Länderkompetenz beseitigt werden konnte, ein Unterschied zur Regelung des Grundgesetzes.

Die aRV beließ es für die Kompetenzverteilung bei den Art.2 Abs.1 und 4 aRV; insbesondere fehlte eine Bedürfnisklausel und vor allem die Notwendigkeit, eine echte Regelung zu treffen. Das aber heißt, daß über einen reinen reichsgesetzlichen Legislativakt hinaus keine weiteren Anforderungen an Form oder Inhalt der Reichsnorm gestellt wurden. Einzig und allein der wie auch immer geartete Inhalt des Reichsgesetzes entschied über die Frage, inwiefern weiter Landesrecht möglich war¹⁾.

Dieses Ergebnis wird auch durch den Wortlaut des Art.VI des Zusatzprotokolls bestätigt, in dem die gesetzgeberische Freiheit des Landesgesetzgebers nur bis zum Erlaß einer "bindenden Norm" des Bundes bestätigt wird. Es bedurfte nur irgendeiner reichsrechtlichen Norm. Es stand im Belieben des Reichsgesetzgebers, ob er eine Regelung traf, die ins einzelne ging, sich auf einen Grundsatz beschränkte, oder ob er überhaupt nur ein reines Sperrgesetz erließ²⁾.

-
- 1) Vgl. Posener, Reichsrecht, S.49 und Haenel a.a.O., S.262: "Dem einseitigen gesetzgeberischen Ermessen des Reiches fällt die Entscheidung zu, wie weit es die behandelte Angelegenheit der einheitlichen Regelung für fähig und bedürftig hält, oder inwieweit ... es der partikulären Rechtsgestaltung Raum lassen will". (Vgl. auch a.a.O., S.254); So auch Schulze a.a.O.
- 2) Dazu insbesondere Leonhardt, Kodifikationsprinzip, S.25 und Posener a.a.O.; Anschütz, Staatsrecht, S.160: "Der Sinn des Art.2 ist der, daß nicht nur jeder formell-legislative Akt der Reichsgewalt, sondern überhaupt jede auf deren (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Willen zurückführende Rechtsnorm jeder Norm des Landesrechts vorgeht; vgl. auch Arndt, Staatsrecht, S.156: "In der Form des Gesetzes kann das Reich anordnen was es will, ...".

Maßgeblich war der Wille des Reichsgesetzgebers, wobei es unbeachtlich war, ob dieser Wille schon dadurch zum Ausdruck kam, daß die erlassene Norm eben wirklich vollständig und umfassend war oder nur durch eine generalklauselartige Feststellung in Form einer Kodifikationsklausel, daß die Regelung als vollständig angesehen werde, getroffen wurde¹⁾. Ja, es wurde sogar der Satz aufgestellt, daß beim Auftreten einer Lücke der gesetzgeberische Wille allgemein dahingehend zu abstrahieren sei, daß sein Gesetzeswerk eine umfassende oder gar erschöpfende Regelung enthielte²⁾.

Es genügt also die bloße zum Ausdruck gekommene Vorstellung des Reichsgesetzgebers, eine Materie erschöpfend geregelt zu haben, um den völligen Ausschluß des Landesgesetzgebers herbeizuführen.

Endlich wäre unter der aRV auch eine Regelung in der Form eines reinen Sperrgesetzes möglich gewesen. Schon aus dem Wortlaut des Zusatzprotokolls in Art.VI ergibt es sich, daß nur eine "bindende Norm" nötig war. Weitere Anforderungen wurden nicht gestellt. Es ist zwar richtig, wenn darauf hingewiesen wird, daß sich die Kommentierungen zur aRV nicht mit der Problematik des Sperrgesetzes befassen, aber es kann aus diesem Schweigen nicht die Folgerung gezogen werden, daß es für die zeitgenössischen Kommentatoren

1) Vgl. Haenel a.a.O., S.255: "Die hier-bei entscheidende Vorfrage, ob die Reichsgesetzgebung vollständig oder unvollständig ist, ob sie daher der ergänzenden Landesgesetzgebung Raum läßt oder nicht ...", dafür darf "das Kriterium ausschließlich und allein gewonnen werden aus der erkennbaren Absicht des Reichsgesetzes, welche in jedem Fall festgestellt werden muß. Am einfachsten liegen die Fälle dann, wenn das Reichsgesetz selbst die Absicht der Vollständigkeit ausspricht ..."; so auch Anschütz a.a.O.; ~~Band~~ a.a.O., S.118; v.Seydel a.a.O., S.42.

2) So Posener a.a.O.; ders.a.and.Stelle (S.61): "Daß man de lege ferenda durchaus anderer Ansicht sein kann als de lege lata, daß unter veränderten Verhältnissen auch die Ansicht über Kodifikation und Nichtkodifikation schwanken darf, soll nur erwähnt werden. Keinesfalls darf man aber ... einzig und allein darum, weil sie nicht alles brachte, was man gern in ihr zu sehen gewünscht hätte, ihr diesen Charakter absprechen".

selbstverständlich gewesen wäre, daß nur sachliche Regelungen, nicht aber bloße Sperren möglich gewesen seien¹⁾. Vielmehr wird man auf den Wortlaut des Art.VI des Zusatzprotokolls zurückgreifen müssen und dabei die herrschende Meinung der damaligen Zeit zu berücksichtigen haben, die allein auf den Willen und die Vorstellung des Reichsgesetzgebers abstellte. Daher kann das Ergebnis nur sein, daß unter der Reichsverfassung von 1871 auch reine negative Sperrgesetze zulässig sind²⁾.

Endlich bedurfte es auch nicht des Nachweises irgendeines Bedürfnisses zur reichsrechtlichen Normierung. Die bedürfnisbedingte Gesetzgebungskompetenz für bestimmte in der Verfassung enumerierte Sachgebiete ist eine Neuschöpfung der Weimarer Reichsverfassung³⁾.

Aus dem Gesagten aber folgt, daß der Umfang der Regelungsbefugnis sich zwar in Umrissen aus der Reichsverfassung von 1871 ergab, die kompetenzabgrenzende Feinregelung aber durch die jeweilige Reichsnorm selbst getroffen wurde und aus ihr im Wege der Interpretation abgeleitet werden mußte.

Enthielt ein Reichsgesetz eine Kodifikationsklausel, so bedeutete dies nichts anderes als die generelle Festlegung des Geltungsbereichs und des Geltungsumfangs. Die Folge war die Beseitigung der Kompetenz des Landesgesetzgebers, soweit diese Kodifikationsklausel reichte, ohne Berücksichtigung des Umfangs der konkret getroffenen Regelung⁴⁾. Das aber heißt nichts anderes, als daß der

1) So aber Weber in DÖV 54, 417(419) unter Hinweis auf Art.VI Bay.Schlußprotokoll.

2) Richtig insoweit Leonhardt a.a.O., S.25.

3) Gruson, Bedürfniskompetenz, S.16.

4) Posener a.a.O., S.64: Liege ein Schweigen der Kodifikation vor, so sei regelmäßig zu präsumieren, daß eine entsprechende Vorschrift nicht aufgenommen werden sollte. Entweder habe dann der Wissenschaft Raum gelassen, oder aber zum Ausdruck gebracht werden sollen, daß insoweit eine Bestimmung nicht mehr existieren dürfe.

Kodifikationsklausel eine quasi kompetenzabgrenzende Funktion im Verhältnis zum Landesgesetzgeber zukam, sie insoweit also die Regelung der Verfassung ergänzte.

Daher ist es für die Reichsverfassung von 1871 bestimmt richtig, zu sagen, daß die Kodifikation die notwendige Konsequenz einer an keine Vorbehalte geknüpften Rechtseinheit im deutschen Volke gewesen sei¹⁾ und nicht erstaunlich, wenn die konkurrierende Kompetenz des Reiches trotz der Vorbehalte für den Landesgesetzgeber als Kompetenz zur Rechtsvereinheitlichung aufgefaßt wurde.

1.22 Inhalt der Kodifikationsklausel unter der Verfassung von 1871

Die Aufgabe der Kodifikationsklauseln im Rahmen der geschilderten Kompetenzabgrenzungen ist einsichtig: Sie sollten den Anspruch des Reichsgesetzgebers, eine abschließende, erschöpfende und vollständige Regelung der Materie getroffen zu haben, ohne Rücksicht auf den tatsächlichen konkreten Umfang des jeweiligen Gesetzes sichern.

Sie hatten also eine durchaus selbständige Bedeutung. Die Kodifikationsklausel konnte daher ohne weiteres auch eine "erweiternde Abgrenzungsnorm"

1) Vgl. Köttgen BB 56, 441(442). Bezeichnend für die Verfassungslage unter der aRV ist es auch, daß nach allerdings umstrittener Meinung es weder ein richterliches Prüfungsrecht in der Frage der Kompetenzen noch einen Kompetenzgerichtshof gab. Der in anderen Fällen auch als Staatsgerichtshof fungierende Bundesrat (Art.76 aRV) konnte die Einhaltung der Kompetenzbestimmungen nur bei seiner notwendigen Mitwirkung bei der Reichsgesetzgebung (Art.7 aRV) überwachen (dazu Laband, Staatsrecht, I, S.122 ff; Triepel a.a.O., S.279 f).

sein¹⁾. Dies mit der Folge, daß eine Prüfung des Umfangs der jeweilig getroffenen Regelung überflüssig wurde, und man sich auf die Aussage der Kodifikationsklausel zurückziehen konnte. Eine Auslegung des betreffenden Gesetzes mit der Feststellung, daß eine Lücke vorhanden sei, die der landesgesetzgeberischen Initiative Raum lasse trotz der Kodifikationsklausel, war nicht möglich. Immer mußte eine Lösung aus dem Reichsgesetz selber gefunden werden. Daher mag es für die Zeit der Geltung der Reichsverfassung von 1871 richtig gewesen sein, daß der Art.55 des EGBGB für das gesamte Landesprivatrecht gegolten hat, auch dann, wenn die betreffende Materie im BGB überhaupt nicht berührt gewesen ist²⁾.

Neben dem Charakter als erweiternder Abgrenzungsnorm war es selbstverständlich auch möglich, daß es sich bei einer Kodifikationsklausel nur um eine deklaratorische Feststellung der Vollständigkeit handelte. Dies dann, wenn die getroffene Regelung eben wirklich erschöpfend war, eine zusätzliche Absicherung also eigentlich überflüssig gewesen wäre. Man wird aber wohl sagen können, daß zumindest unter der Geltung der Reichsverfassung von

-
- 1) Leonhardt S.35. Auch für die heutige Verfassungslage sind eine Reihe von Autoren, vor allem aus dem Arbeitsrecht, der Meinung, daß eine solche erweiternde Abgrenzungsnorm möglich sei. So z.B. Dahs in RdArb 49, 321ff; Wiese RdArb 57, 81ff; Nikisch, Arbeitsrecht I, S.58. Das ist abzulehnen, wie sich zeigen wird.
 - 2) So Dahs RdArb a.a.O., S.324 für die heutige Rechtslage. Ebenso Wiese a.a.O., S.83. Bei allen diesen Äußerungen ist aber wohl zu beachten, daß sie von Vertretern des Arbeitsrechts getan wurden, die fürchten, daß ihre Materie aus dem bürgerlichen Recht ausgegliedert werden muß, wenn sie nicht den Nachweis erbringen können, daß das gesamte Arbeitsvertragsrecht abschließend im BGB geregelt sei.

1871 eine solche deklaratorische Feststellung in der Regel nicht gewollt sein wird.

1.23 Die Kodifikationsklausel des BGB

Im Rahmen dieser allgemeinen Ausführungen muß auch die Kodifikationsklausel des BGB gesehen werden.

1.231 Art.3 und 55 EGBGB

Wie sich aus den Motiven zum EGBGB ergibt¹⁾, sollte Art.3 für eine Reihe von im BGB und EGBGB verwendeten Formeln eine authentische Interpretation bringen, ihre Bedeutung über alle Zweifel klarstellen²⁾. Art.3 wurde eingefügt "um die Formeln außer Zweifel zu stellen, welche in dem BGB und im EG bei Aufstellung der Vorbehalte zugunsten der Landesgesetze verwendet worden sind"³⁾. Die Wendungen "Regelung vorbehalten", Landesgesetze "unberührt bleiben" oder "erlassen werden können" sollten keinen Unterschied machen⁴⁾.

Dabei ging die Besorgnis, daß aus der Verwendung dieser verschiedenartigen Begriffe möglicherweise Unklarheiten entstehen könnten, auf Differenzen zurück, die bei der Auslegung dieser Formeln im Rahmen älterer Einführungs-

1) Mugdan, Motive zu Art.3, S.63.

2) Niedener EGBGB Anm.zu Art.3, S.6; Posener a.a.O., S.61 und 88.

3) Haidlen, S.419; vgl.auch Staudinger, 7./8.Aufl., Anm.1 zu Art.3.

4) Posener a.a.O.

gesetze entstanden und Gegenstand mehrerer Reichsgerichtsentscheidungen geworden waren¹⁾.

Darüber hinaus sollte Art.3, wie Zitelmann²⁾ nachgewiesen hat, einen Parallelismus herstellen zwischen dem vorhandenen Recht, das heißt dem Landesrecht, das nach Inkrafttreten des BGB erhalten geblieben war und dem Umfang der zukünftigen Gesetzgebungskompetenz. Der Fortgeltung des bisherigen Landesrechts sollte die Fortdauer der Gesetzgebungsgewalt entsprechen. Vorbehalte sollten den Ländern nicht die Möglichkeit geben, Vorschriften, die durch die Regelung des Art.55 EG außer Kraft gesetzt waren, neu zu schaffen. Dabei war in erster Linie an allgemeine Vorschriften gedacht worden.

Unter den Vorbehalten gibt es teils allgemeinste Vorbehalte, die eine Sonderrechtsmaterie in toto dem Kodifikationsanspruch des Art.55 entziehen (vgl.z.B. Art.65/66 EG, die sich auf das Deich- und Wasserrecht beziehen), teils spezielle, engere Vorbehalte.

Gewisse Sonderrechtsmaterien, die durch die allgemeinsten Vorbehalte geschützt worden sind, enthielten nun einen allgemeinen und einen besonderen Teil, wobei der allgemeine Teil ebenso wie im BGB Regelungen enthielt, die für alle Abschnitte des besonderen Teils Wirkung beanspruchten, Regelungen, die quasi vor die Klammer gezogen worden waren.

Mit Inkrafttreten des BGB entstand dann die Streitfrage, ob etwa auch diese allgemeinen Teile der Sonderrechtsmaterien durch die Vorbehalte gedeckt und damit

1) Z.B. RGZ Bd.7, S.346(348) und S.399 (400).

2) in "Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht".

erhalten geblieben waren oder ob sich in diesem Bereich die Generalklausel des Art.55 durchgesetzt hatte.

Das Ergebnis der Auseinandersetzung war eindeutig. Durch Art.55 waren diese allgemeinen Vorschriften trotz der Vorbehalte außer Kraft gesetzt worden. Zum Art.55 heißt es in den Motiven: "Das Landesprivatrecht wird in seiner Gesamtheit aufgehoben und ausgeschlossen, mag es mit dem im BGB enthaltenen Rechte inhaltlich übereinstimmen, diesem Rechte widerstreiten oder Lücken seiner Satzungen ergänzen"¹⁾.

Dabei ist wichtig, daß grundsätzlich auch dann die landesrechtlichen Vorschriften des Privatrechts außer Kraft traten, wenn dadurch Lücken in dem System des bürgerlichen Rechts entstanden. Die landesgesetzliche Vorschrift war darüber hinaus im Einzelfall nicht erst daraufhin zu prüfen, ob sie durch eine Bestimmung des BGB aufgehoben worden war²⁾. Entstand eine Lücke, so war anzunehmen, daß insoweit keine Regelung getroffen werden und die landesrechtliche Vorschrift außer Kraft treten sollte³⁾.

Betont werden muß in diesem Zusammenhang, daß es dem Landesgesetzgeber nicht gestattet sein sollte, die Zweifel hinsichtlich der privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Qualität einer Materie im Wege der Landesgesetzgebung zu beheben. "Damit würde sich der Landesgesetzgeber zum Interpretieren oder zum Richter über das Reichsrecht aufwerfen", eine Rolle, die er nicht spielen durfte⁴⁾.

1) Motive, S.146; vgl. auch Haidlen, S.458; Aron, in Sächs. Arch für BGB und ZPO, Bd.6, S.337ff.

2) Goldmann-Lilienthal BGB, S.1 und Eck, Vorträge, Bd.1, S.17.

3) Posener a.a.O., S.84.

4) Posener a.a.O., S.81.

Diese Grundsätze galten auch für die allgemeinen Teile der Sonderrechtsmaterien. Die Vorbehalte dürfen nicht dahin interpretiert werden, daß man unter ihrem Schutze die sogenannten allgemeinen Bestimmungen des Länderpartikularrechts zu erhalten versucht. Durch das BGB sind diese allgemeinen Vorschriften (z.B. Fristen) und Institute (z.B. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) aufgehoben¹⁾. Traten diese allgemeinen Vorschriften mit Wirkung vom 1. Januar 1900 außer Kraft, so bedeutete dies nun nicht, daß nach diesem Datum die Bundesstaaten, soweit ihre Gesetzgebungshoheit ganze Sonderrechtsmaterien vorbehalten waren, nicht doch allgemeine Vorschriften neu erlassen konnten.

Der durch Art. 3 EG beabsichtigte Parallelismus konnte sich nicht auswirken. Zitelmann²⁾ hat dies scharfsinnig herausgearbeitet: Sonderrecht könne immer nur den Gegensatz zum allgemeinen Recht bilden. Während für vorhandenes Landesrecht das Sonderrecht den Gegensatz zum allgemeinen Landesrecht bilde, würde für die Zeit nach Inkraftsetzen des BGB Sonderrecht alles das sein, was im Gegensatz zum allgemeinen Reichsrecht stehe. Damit aber ändere sich der Inhalt des Begriffes "Sonderrecht" oder "Sonderrechtsmaterie" tatsächlich vollkommen, und der gewollte Parallelismus zwischen vorhandenem (sprich: nach dem Inkrafttreten des BGB übrig gebliebenen) Recht und künftiger Gesetzgebungsgewalt sei bloß Schein.

Wenn auch für die Vergangenheit das allgemeine Landesrecht außer Kraft getreten sei, so könne sich doch in Zukunft solches Landesrecht wieder neu bilden.

1) Übereinstimmend Zitelmann a.a.O., S.44;
Posener a.a.O., S.89; Eck a.a.O., S.19.

2) A.a.O., S.9ff.

Dem am 1. Januar 1900 vorhandenen allgemeinen Landesrecht gegenüber habe das BGB zwar derogierende Kraft, dem zukünftigen Landesrecht gegenüber - immer in Anwendung auf die allgemeinen Vorbehaltsmaterien - nur subsidiäre Kraft¹⁾. Dies wird auch an anderer Stelle bestätigt: "Auf dem Gebiete der Vorbehalte können durch landesgesetzliche Bestimmungen ... Institute bzw. allgemeine Vorschriften aufs neue eingeführt werden, sofern dies ... in dem Umfange der vorbehaltenen Materien sich ermöglichen läßt."²⁾

In den umschriebenen Bereichen der allgemeinsten Vorbehalte kann also ein Land auch eine vom BGB abweichende Regelung des Eigentums treffen und z.B. öffentliches Eigentum einführen³⁾. Dieses Recht hat das Bundesverfassungsgericht in neuester Zeit für den Bereich des Deichrechts bestätigt. Es hat dem Hamburger Gesetzgeber zugestimmt, daß Art. 66 EG ihn zur Änderung der bestehenden und zum Erlass neuer Gesetze ermächtigt und zwar auch insoweit, als die Vorschriften über die Eigentumsverhältnisse am Deich betroffen seien. Der Vorbehalt beziehe sich auch auf diese Materien. Einer Einführung des öffentlichen Eigentums stünden daher insoweit keine Bedenken entgegen⁴⁾. Wörtlich heißt es: "Soweit die Vorbehalte des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch Rechtsgebiete allgemein dem Landesrecht zuweisen, gelten sie für alle Vorschriften, welche die Regelung des Rechtsgebietes zum Gegenstand haben, ...".

1) Zitelmann a.a.O., S. 46ff.

2) Posener a.a.O., S. 89; übereinstimmend insoweit auch die Motive bei Mugdan, S. 149; Niedener EGBGB, S. 127; Eck a.a.O., S. 19; Cosack, Lehrbuch Bd. I, S. 34f.

3) Nipperdey, Bd. I, S. 49.

4) So das BVerfG, Urt. v. 18.12.1968, S. 30 der Urteilsgründe.

Als Ergebnis dieser Überlegungen ergibt sich die Erkenntnis, daß sich die Bedeutung des Art.3 EG in einer authentischen Interpretation bestimmter Gesetzesformeln erschöpft. Die dem Art.3 darüber hinaus zugedachte Rolle, eine Kongruenz der beschriebenen Art zu sichern, konnte er nicht erfüllen. Daraus erhellt, daß es für die Frage nach der Bedeutung und der Auswirkung des Kodifikationsprinzips im wesentlichen auf Art.55 EGBGB ankommt.

Zum einen schaltet Art.55, wie dargelegt, zwar die allgemeinen Vorschriften des alten Partikularrechts aus, konnte die Schaffung neuer Vorschriften dieser Art auf den Sachgebieten der allgemeinsten Vorbehalte aber nicht verhindern.

Weiter ergibt sich aus dem Wortlaut des Art.55, daß von dem Kodifikationsanspruch nur die "privatrechtlichen Vorschriften" betroffen sind. Nicht berührt werden die Vorschriften, die dem öffentlichen Recht angehören.

Dabei fehlt es an einer Definition des öffentlichen Rechts und damit auch an einer Begriffsbestimmung des "bürgerlichen Rechts". In den Motiven heißt es dazu¹⁾, die Grenzen zwischen dem öffentlichen Recht und dem Landesprivatrecht ließen sich nicht aprioristisch, sondern nur an Hand der Rechtsentwicklung, die sich in den einzelnen Bundesstaaten zum Teil recht verschieden gestaltet habe, in befriedigender Weise bestimmen. Diese Aufgabe aber müsse der Wissenschaft vorbehalten werden.

Eine pragmatische Abgrenzung fand nur in dem Sinne statt, daß alles, was im BGB enthalten war, als dem bürgerlichen Recht zugehörig und damit der Landeskompetenz

1) A.a.O., S.147.

entzogen betrachtet wurde.

So werden Vorschriften über Institutionen, die ihre Wurzeln im öffentlichen Recht haben, ihrem Inhalt nach aber als Teil der Regelung des bürgerlichen Rechts anzusehen sind, ebenfalls vom Kodifikationsprinzip ergriffen¹⁾. In diesem Sinn sind die Begriffe öffentliches Recht und Privat- bzw. bürgerliches Recht nicht als Gegensatzpaar aufzufassen.

Festgehalten werden muß abschließend, daß Art.55 die allein entscheidende, den Kodifikationsanspruch des BGB tragende Norm ist.

1.232 Art.55 EGBGB als erweiternde Abgrenzungsnorm

Art.55 EG stellt eine erweiternde Abgrenzungsnorm dar. Dieser Artikel hat die Regelung der Art.2 und 4 aRV²⁾ zum Inhalt und konnte daher selbständig die Abgrenzung des Umfangs der im BGB getroffenen Normierungen bestimmen. Bezogen auf das Sachenrecht und die Eigentumsregelung des BGB bedeutet dies: Grundsätzlich sollten die §§ 854 ff BGB für alle Sachen im Sinne der §§ 90 ff BGB eine abschließende und endgültige privatrechtliche Ordnung enthalten, sowohl mit Wirkung für die Vergangenheit als auch für alle Zukunft. Diesen Grundsatz hat das Bundesverwaltungsgericht bestätigt. Es hat ausgeführt³⁾:

1) Aron a.a.O., S.337; Haidlen a.a.O., S.458.

2) Leonhardt a.a.O., S.35; Endemann, BGB, S.75 Fußn.7; v.Tuhr, BGB, S.11f und Staudinger Vorbem.zu Art.55 EGBGB Anm.A.

3) BVerwG IV C 95/65, Teilabdruck in DVBl.67, 917(918).

"... Wenn auch der Bestand des in ehemals westlichen Teilen Deutschlands aus dem französischen Recht übernommenen öffentlichen Eigentums ("domaine public") vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht angetastet worden ist ..., so ist doch eine Neubegründung von öffentlichem Eigentum außerhalb der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches einschließlich der in seinem Einführungsgesetz gegebenen Ermächtigungen nicht möglich, weil der damalige Gesetzgeber grundsätzlich alle "Sachen" (§ 90 BGB) der in den §§ 854 ff BGB enthaltenen Regelung unterstellt hat. ... Jedenfalls ist nach dem Kodifikationsprinzip für die hier zu entscheidende Frage zunächst davon auszugehen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch das Eigentum auch nach öffentlichem Recht, nicht nur nach privatem Recht, abschließend hätte regeln können".

Die Betonung liegt in diesem Zusammenhang auf dem betroffenen Gegenstand, nicht so sehr auf der Rechtsform der Regelung. Nicht kam es also in erster Linie darauf an, daß nur im BGB, nicht aber in Landesgesetzen, privatrechtliche Normen enthalten sein durften. Der Anspruch war umfassender.

Zwar waren unmittelbar nur die entgegenstehenden privatrechtlichen Normen der Landesgesetze betroffen (vgl. Art. 55 EG), aber durch das bewußte Abstellen auf den Zustand von 1900 wurde durch diese Normen auch das Verhältnis zum öffentlichen Recht bestimmt. Sie konnten sich als eine Abwehrmaßnahme gegen das Hinüberwandern von privatrechtlichen Instituten in das öffentliche Recht auswirken¹⁾.

1) Külz, Veröffentlichung des 43. Dtsch. Juristentages, S. 120f erkennt dies und sagt: "Wir müssen uns darüber klar sein, daß die Entwicklung des öffentlichen Eigentums um die Jahrhundertwende ... durch das Phänomen des Bürgerlichen Gesetzbuches ein wenig in den Schatten gerückt, ich will nicht sagen, erdrückt ... worden ist".

Nicht nur die Entstehungsmöglichkeiten von Instituten des Sachenrechts außerhalb des BGB sollte ausgeschaltet sein, sondern ebenso waren die Fälle des Untergangs von Privatrecht im BGB erschöpfend geregelt¹⁾.

Daß diese Ziele durch das EGBGB nicht erreicht werden konnten, da Art.3 EG den gewünschten Parallelismus nicht herstellte, ist bereits dargelegt worden. Für die Zukunft war die Ausschließlichkeit der sachenrechtlichen Vorschriften im BGB daher schon 1900 nur für den Bereich gesichert, der nicht durch allgemeine Vorbehalte (wie den Art. 65, 66 EG) dem Landesgesetzgeber überwiesen war. Das ändert aber nichts daran, daß der damalige Gesetzgeber eine umfassendere Wirkung des Art.55 EG gewollt und erwünscht hatte. Diese Wirkung konnte sich auch in jenen Bereichen, die nicht durch allgemeine Vorbehalte abgesichert waren, bemerkbar machen. Dies galt besonders für den Bereich des Straßen- und Wegerechts, da ein allgemeiner Vorbehalt für diese Materien nicht in das EG aufgenommen worden ist. Unter der Geltung des Grundgesetzes entfällt aber, wie sich zeigen wird, auch diese den Landesgesetzgeber beeinträchtigende Funktion des Art.55 EGBGB.

1) Maunz, Hauptprobleme, S.316 und dort Fußn.287.

1.24 Bedeutung des Bestehens von öffentlichem
Eigentum in den linksrheinischen Gebie-
ten für die Gesetzgebungskompetenz der
Länder nach Inkrafttreten des BGB.

Da sich Art.55 EGBGB und damit in Zusammenhang die Übergangsvorschrift Art.181 EGBGB nur auf die privatrechtlichen Vorschriften der Ländergesetze bezog, war der Vereinheitlichung dort eine Grenze gesetzt, wo Sachgebiete durch Normen, die dem öffentlichen Recht angehörten, geregelt waren. Daher blieb in den französischrechtlichen Teilen der Rheinprovinzen auch nach dem Inkrafttreten des BGB zunächst die Regelung, daß auf dem Gebiete des Wege- und Wasserrechts domaine public, also öffentliches Eigentum gemäß § 538 code civil bestand, erhalten. Dieser domaine public ist erst später durch besondere Gesetze für die bezeichneten Materien in das bürgerliche Eigentum des deutschen Rechtssystems übergeführt worden¹⁾.

Aus dem Weiterbestehen des öffentlichen Eigentums in den Rheinprovinzen hat das Bundesverwaltungsgericht²⁾ sehr weitgehende Schlüsse bezüglich der Kompetenz der Länder zur Einführung eines öffentlichen Eigentums auf dem Gebiet des Straßen- und Wegerechts gezogen. Das Gericht hat ausgeführt, daß, da der Bestand des öffentlichen Eigentums in den Rheinprovinzen bei der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht beseitigt worden sei, auch in anderen Ländern, die ein solches öffentliches Eigentum bisher nicht gekannt hätten, es neu hätte eingeführt werden können. Es fährt dann fort: "Das folgt aus Art.3 EGBGB, wonach neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden können, soweit im Bürgerlichen Gesetz-

1) Vgl. Entscheidungen des RG vom 23.10.1917 = E 91, 86 (89) und vom 2.2.1931 = E 131, 264 ff.

2) BVerwG Urt.v.15.3.1965 a.a.O.

buch oder in seinem Einführungsgesetz bestimmt ist, daß landesgesetzliche Vorschriften unberührt bleiben. Wenn in Art.55, 181 EGBGB bestimmt wird, daß lediglich privatrechtliche Vorschriften der Länder über das Eigentum außer Kraft treten, so wird damit auch gesagt, daß öffentlich-rechtliche Vorschriften rechtswirksam bleiben. Bleiben solche Vorschriften jedoch unberührt, so können nach Art.3 EGBGB auf diesem Gebiet auch neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden. Diese Befugnis besteht nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Art.3 EGBGB allgemein; sie beschränkt sich dementsprechend nicht auf solche Länder, in denen ein Rechtsinstitut bereits bei Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches abweichend geregelt war. Den Ländern kann es somit nicht verwehrt sein, den Begriff eines öffentlichen Eigentums in Form einer uneingeschränkten öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft über Wege und ihr Zubehör durch Gesetzgebung zu begründen".

Es ist zwar richtig, daß der domaine public unberührt geblieben ist. Das Reichsgericht¹⁾ hat dies ausdrücklich festgestellt: "Auch bei den Staatsstraßen würde nach Art.55, 181 keine Umwandlung des domaine public in Privateigentum des Staates herbeigeführt worden sein. Denn wenn auch nach Art.113 EG nur die landesgesetzlichen Vorschriften über die Regulierung der Wege unberührt geblieben sind, so wären doch die Bestimmungen des § 538 code civil durch den Vorbehalt des Art.55 gedeckt, da Art.538 code civil dem öffentlichen Recht angehörte".

Daraus, daß das öffentliche Eigentum insoweit bestehen geblieben ist, kann aber nicht die Schlußfolgerung gewonnen werden, die das Bundesverwaltungsgericht darge-

1) RG Urt.v.2.2.1931 a.a.O.

legt hat. Weder enthält Art.3 eine allgemeine Anordnung im Sinne der zitierten Entscheidung, noch kann eine solche Ermächtigung aus Art.55 EG abgeleitet werden. Art.3 EG gibt keine Antwort auf die Frage, was bei unterschiedlicher Regelung in verschiedenen Ländern gelten soll.

Entscheidend für das einzelne Land, ob außerhalb der Vorbehalte Partikulargesetze in Kraft bleiben, war, ob diese dem öffentlichen Recht angehörten. Neben den für alle Länder geltenden Vorbehalten des EG gab es daher, bedingt durch die Beschränkung des Art.55 auf die privatrechtlichen Normen, noch einen individuellen Vorbehalt, da die Frage, was dem öffentlichen Recht angehöre, in den einzelnen Ländern verschieden beurteilt wurde. Eine Gleichschaltung war insoweit auch gar nicht erwünscht, da den partikularen Verschiedenheiten ein gewisser Spielraum eingeräumt werden sollte. Planck¹⁾ hat dieses Prinzip des individuellen Vorbehalts erkannt und ausgeführt: "Das in dem einzelnen Staate geltende Recht entscheidet deshalb darüber, welche Rechtssätze als dem öffentlichen Recht und welche als dem Privatrechte angehörend anzusehen sind. Es ist daher möglich, daß daselbe Rechtsverhältnis in dem einen Staate als dem öffentlichen Recht angehörend sich auch künftig nach den Landesgesetzen bestimmt, während es in einem anderen Staate unter Beseitigung der Landesgesetze den Vorschriften des BGB untersteht".

Insoweit das Rechtsverhältnis nach dem 1. Januar 1900 weiterhin dem öffentlichen Recht unterstand, also "unberührt" geblieben war, konnten von diesem Land auch neue Gesetze erlassen werden. Dieser Grundsatz galt allgemein! Hier griff der individuelle Vorbehalt ein. Unterstand

1) Kommentar zum BGB nebst EG Art.55Anm.2.

aber das Rechtsverhältnis dem Privatrecht, so war dieses durch das BGB aufgehoben und damit die Kompetenz der Länder beseitigt. Da keine Regelung "unberührt" geblieben war, konnte das Land auch keine neuen Normen erlassen. Denn es hätte dadurch das BGB außer Kraft gesetzt. Das Recht aber, allgemeine Vorschriften, zu denen auch die Eigentumsbestimmungen gehören, abweichend vom BGB zu schaffen, war, wie dargelegt, beschränkt auf die Sonderrechtsmaterien, für die allgemeine Vorbehalte bestanden.

Für das Straßen- und Wegerecht bestand ein solcher allgemeiner Vorbehalt nicht, da sich Art.113 EG nur auf die Regulierung der Wege bezieht.

Das Ergebnis entspricht auch eher der Intention des damaligen Gesetzgebers als die Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts. Widerwillig hatte man damals auf eine scharfe Abgrenzung der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Bereiche verzichtet, da sie nicht möglich erschien und Sachgebiete, auf denen Zweifel bestanden, durch Vorbehalte ausgeklammert. Dabei ist die Tatsache, daß gerade das Straßen- und Wegerecht nicht zu den vorbehaltenen Materien gehört, ein Beweis für die Annahme, daß der damalige Gesetzgeber insoweit keine Veranlassung sah, diese Materien auszuklammern. Die Vorschriften des BGB sollten für dieses Gebiet Anwendung finden. Dabei wurden die eindeutig öffentlich-rechtlichen Vorschriften des code civil in Kauf genommen, da Art.55 den Kodifikationsanspruch nur auf das Privatrecht erstreckte.

Die ehemals französischen Rheinprovinzen haben von ihrer Verfügungsbefugnis über ihre öffentlich-rechtlichen Regelungen Gebrauch gemacht. Sie haben sie aufgehoben und das Straßen- und Wegerecht dem Privatrecht unterstellt. Damit aber begaben sie sich ihrer Freiheit, über diese

Materie weiterhin frei zu verfügen. Nun galten nur die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, da ein allgemeiner Vorbehalt für diese Sondermaterie nicht bestand. Der Kodifikationsanspruch des Art.55 scheiterte nicht mehr an der Barriere des öffentlichen Rechts.

Auf die Fälle des öffentlichen Eigentums angewandt, bedeutet dies für die Rechtslage um 1900: Gewollt war im BGB eine abschließende Regelung der Rechtsverhältnisse an Grund und Boden. Sie sollten in toto dem Privatrecht unterstellt werden. Hätte also ein Landesgesetzgeber von dem Moment des Inkrafttretens des BGB am 1. Januar 1900 an bestimmen wollen, daß Straßen und Wege dem öffentlichen Eigentum unterständen und die privatrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches bezüglich des Eigentums keine Anwendung finden sollten, so wäre eine solche Regelung an dem damals verfassungsmäßigen Kodifikationsprinzip gescheitert. Es sei denn, daß ein allgemeiner Vorbehalt im EGBGB dem Landesgesetzgeber ermächtigt hätte, eine solche Regelung zu treffen. Ab 1900 sollte die Regelungskompetenz betreffend das Eigentum an Grund und Boden durch das Reich ausgeschöpft sein und abgesichert durch die Funktion der Kodifikationsklausel des BGB als einer erweiternden Abgrenzungsnorm.

1.3 Bedeutung der Kodifikationsklauseln im Rahmen des Grundgesetzes

"Hat sich ..., aus der Umgestaltung der Verfassung im Sinne einer starken Betonung des föderalistischen Prinzips im Bundesstaat eine Einschränkung des ... Kodifikationsprinzips ergeben ? Erst jetzt, offenbar unter dem Eindruck der föderalistischen Gestaltung der heutigen Verfassung, taucht die Frage auf, ob nicht doch Kompetenznormcharakter vorliege". So die Fragestellung von Nipperdey schon im Jahre 1951¹⁾. Durch diese Fragestellung wird ein Teil des Problems umrissen, das sich aus der Wirklichkeit des Grundgesetzes ergibt.

Eine zweite Ebene, auf welcher das Problem diskutiert werden müßte, ergibt sich aus dem Wandel der sozialen Wirklichkeit zwischen 1900 und 1968. In der Kodifikationsklausel des BGB ist das unbedingte Streben nach Rechtseinheit zum Ausdruck gekommen und der Glaube, der sozialen Wirklichkeit durch das BGB auf immer einen brauchbaren und anpassungsfähigen Normrahmen gegeben zu haben. Beides entsprach damals den tatsächlichen Gegebenheiten; aber sehr schnell zeigte es sich, daß das statische Prinzip der Kodifikationsklausel der Dynamik der sich wandelnden Umweltbedingungen nicht gerecht werden konnte.

1) Nipperdey in NJW 51/897 f.

Eine Prüfung des Moments der Erstarkung des föderalen Charakters des Grundgesetzes im Verhältnis zur aRV und des zu konstatierenden Mißverhältnisses zwischen der Statik der Kodifikationsklausel und der Dynamik des Wandels der gesellschaftlichen Gegebenheiten ergibt, daß sich der absolute Anspruch des Kodifikationsprinzips und die Ausprägung als erweiternde Abgrenzungsnorm unter der Herrschaft des Grundgesetzes nicht mehr aufrechterhalten läßt. Es wird sich zeigen, daß die Kodifikationsklausel weder mit der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes noch mit den Gegebenheiten der Rechtswirklichkeit in Einklang steht.

1.30 Die Kodifikationsklauseln des BGB als Ausdruck statischen Beharrens im Gegensatz zur Dynamik der gesellschaftlichen Entwicklungen

Besonders auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts zeigt es sich, daß die durch das BGB bereitgestellten Institute und Regelungen nicht ausreichen, um den sozialen Gegebenheiten einen rechtlichen Rahmen zu geben.

Schon nach dem ersten Weltkrieg stellte Lassar¹⁾ fest, daß die Entwicklung der Sozialverwaltung im Verhältnis von Staat und Gesellschaft eine Bürokratisierung (und damit Verstaatlichung) von Tätigkeiten bedeute, die bis dahin vorwiegend von der Gesellschaft ausgeübt worden seien. Und Köttgen²⁾ bestätigt diese Entwicklung für die heutige Zeit. Er sagt: "Es gehört nun einmal zu den Vorgegebenheiten deutscher Gegenwart, daß ihr die Realitäten eines

1) Lassar in JÖR AF 14/4 (14).

2) JÖR NF 1/173 (182).

akzentuierten Industriestaates nicht mehr gestatten, Wirtschaft und Gesellschaft im Stile vergangener Zeiten ihrer immanenten Gesetzmäßigkeit zu überlassen".

Das kann aber nichts anderes bedeuten, als daß die "Motorik" der Privatautonomie, die ja den Ausgleich für die durch die Kodifikationsklauseln herbeigeführte Geschlossenheit des bürgerlichen Rechts schaffen sollte, eben diese Aufgabe nicht mehr erfüllen kann.

Beim Arbeitsrecht, konkret im Falle des Streites um die Regelungsbefugnis für Urlaubsgesetze, kam die Auseinandersetzung zwischen denen, die die Generalklauseln des BGB (besonders §§ 242, 315, 618) zusammen mit den Kodifikationsklauseln als ausreichend ansahen, um eine bundesgesetzliche erschöpfende Regelung und damit einen Ausschluß der Länderkompetenz auf diesem Gebiet anzunehmen, und denen, die der Meinung waren, hier werde die Bedeutung der Kodifikationsklauseln in verfassungsmäßig bedenklicher Weise überdehnt, offen zum Ausbruch. Dieser Streit ist eine Illustration für die aufgestellte These, daß eben das Kodifikationsprinzip zumindest im Falle des BGB dem Wandel der Verfassungs- und Rechtswirklichkeit nicht gerecht wird.

Die Verfechter der ersten Ansicht¹⁾ vertreten praktisch die Auffassung, daß es sich bei den Kodifikationsklauseln um erweiternde Abgrenzungsnormen handelt²⁾. Art. 55 gilt nach ihnen³⁾ für das gesamte Landesprivatrecht, auch wenn die

1) Dahs RdArb 49/321 ff; Wiese RdArb 57/81 ff; Nikisch Arbeitsrecht S. 58 ff; Böttcher RdArb 58/361; Hueck Arbeitsrecht S. 434.

2) So besonders Wiese aaO S. 83: Die Art. 3, 55 EGBGB enthielten eine materielle Norm, die den Geltungsbereich der gesetzlichen Regelungen bestimmte. Ebenso Nikisch aaO.

3) Vgl. Dahs aaO S. 324.

betreffende Materie im BGB überhaupt nicht berührt ist. Der Arbeitsrechtler Dahn führt dies zurück auf die Tatsache, daß über Art.125 GG das BGB in seinem ganzen Umfang Bundesrecht geworden sei und daß dies keine andere Bedeutung haben könne, als daß der Bund von seiner konkurrierenden Kompetenz Gebrauch gemacht habe, auch mit Wirkung für das zukünftige Landesprivatrecht. Dies folge aus den Art.3, 55, 218 EGBGB.

Eine einschränkende Auslegung des Kodifikationsprinzips wird abgelehnt, weil die soziale Umwälzung nicht so groß gewesen sei, daß durch sie der Kodifikationsanspruch ausgehöhlt worden sei¹⁾.

Das führt zu dem Ergebnis, daß die genannten Autoren und mit ihnen das Bundesarbeitsgericht²⁾ zu dem Resultat kommen, durch die Regelung des BGB, auch wenn sie stark auslegungsbedürftig sei, und die Kodifikationsklauseln sei über Art.74 Nr.1 GG die Kompetenz zur Regelung des Urlaubsrechts ausgeschöpft; die Länder könnten daher auf diesem Gebiet nicht mehr tätig werden. Nach ihnen ist das BGB ein soziales Gestaltungsmittel neben anderen.

Die Folge ist, daß sich nach dieser Ansicht das spezifische Gewicht einer Privatrechtskodifikation verändert hat, da sich mit ihr in steigendem Maße wirtschafts- und sozialpolitische Ausschlußvollmachten gegenüber den Ländern verbinden³⁾.

1) So ausdrücklich Wiese a.a.O., der also die Problematik sehr wohl erkannt hat, wenn er sie auch nicht für unüberwindbar hält.

2) Vorlagebeschlüsse vom 25.Oktober 1955 (1 AZR 23/53; 295/55, 376/55, 2.Mai 1956 (1 AZR 88/55) und 6.Juli 1956 (1 AZR 276/54).

3) Köttgen in BB 56/441 (443).

Hier zeigt sich, welch immense Bedeutung der Kodifikationsklausel zukommt, wenn man ihr die Funktion einer erweiternden Abgrenzungsnorm und damit die Macht, den Landesgesetzgeber auszuschließen, zulegt. Denn damit würde über eine Wandlung des klassischen Begriffs des bürgerlichen Rechts mit Hilfe der Kodifikationsklausel einfach hinweggegangen.

Den hier auftretenden Schwierigkeiten kann man auch nicht dadurch begegnen, daß man einfach auf den Zeitpunkt der Schaffung des Art.55 EGBGB abstellt¹⁾. Damit wird eine tiefgreifende Umgestaltung unserer Rechts- und Sozialordnung zu einem bloßen Theorienstreit bagatellisiert, wobei im übrigen verkannt wird, daß die interpretierte Privatrechtsnorm einer verfassungsrechtlichen Kritik standhalten muß²⁾.

Im Gegensatz zu der dargelegten Meinung haben die Länder zu Recht die Gesetzgebungszuständigkeit für die Urlaubregelung im Arbeitsrecht für sich beansprucht, weil eben, wie das Bundesverfassungsgericht richtig ausführte³⁾, das BGB und damit das Bundesrecht es an einer hinreichenden Konkretisierung diesbezüglich fehlen läßt. Die motorische Kraft der Privatautonomie reicht als Auslegungsbehelf nicht mehr aus, um eine Materie, die 1900 noch als durch die Bestimmungen der §§ 242, 315, 618 BGB geregelt angesehen werden konnte, auch heute noch als geregelt anzusehen. Die Anreicherung mit sozialpolitischem Gehalt hat diese Materie der freien Verfügung der Vertragspartner entzogen.

1) So aber Soergel-Siebert noch in der 8.Auflage Vorbem.2 zu Art.55 EGBGB. Ähnlich Nikisch Arbeitsrecht S.60.

2) Köttgen aaO S.443.

3) BVerfGE 7/342 (354).

Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, daß die Regelung des BGB für die Urlaubsfrage als Bestandteil der demokratischen Grundordnung im sozialen Bundesstaat nicht ausreiche. Vielmehr hätte nur im Wege rechtsschöpferischer Auslegung und unter Heranziehung von Grundrechtsnormen eine Regelung gefunden werden können. Das aber könne nicht ausreichen, um den Landesgesetzgeber zu sperren¹⁾. Allerdings läßt es offen, inwieweit sich das Kodifikationsprinzip als Sperre für den Landesgesetzgeber auswirken kann²⁾, indem es meint, das Urlaubsrecht als Teil des Arbeitsrechts habe sich aus dem BGB hinaus entwickelt³⁾. Es bezeichnet den Art.55 EGBGB als Norm mit sich wandelndem Inhalt⁴⁾. Im Ergebnis bedeutet dies nichts anderes als die Ablehnung der erweiternden Abgrenzungsnorm. Die Begründung hierfür scheint das Bundesverfassungsgericht allein in der Wandlung der sozialen und verfassungsrechtlichen Verhältnisse zu sehen und interpretiert den Art.55 in dem aufgezeigten Sinne. Auf die Frage nach einer Kollision zwischen der Kompetenzverteilung im Grundgesetz und einer Kodifikationsklausel als erweiternder Abgrenzungsnorm geht das Gericht nicht ein⁵⁾. Zwar heißt es, die Annahme, die Art.3, 55, 181 EG seien zumindest teilweise durch die Art.72, 74 GG außer Kraft gesetzt, treffe nicht zu. Dabei prüft das Gericht diese Frage aber nur unter dem Gesichtspunkt, ob es sich um eine Kollision von Kompetenzvorschriften handele.

1) BVerfG a.a.O. und Fischer ArbR 56/267.

2) A.a.O., S.355.

3) BVerfG a.a.O., S.348, dagegen Nikisch, Arbeitsrecht, S.58 ff und Bötticher RdArb 58/361 ff.

4) BVerfG a.a.O., S.351.

5) Bötticher a.a.O., S.363 hat daher insoweit Recht, wenn er meint, daß die Frage dahinzustellen sei, ob eine in Kraft getretene Sperre (die des Art.55) nachträglich entfallen könne. Diese Frage ist aber zu bejahen.

Das ist sicherlich zu verneinen.

Es zeigt sich, daß das Kodifikationsprinzip, zumindest was die Kodifikationsklauseln des EGBGB betrifft, durch die Wandlung der Umwelt ausgehöhlt worden ist. Schon aus diesem Grunde wird in jedem Fall zu prüfen sein, ob sich für den konkreten Einzelfall die Kodifikationsklauseln einer Regelung des Landesgesetzgebers entgegenstellen.

1.31 Das Kodifikationsprinzip im Rahmen der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes

War es nach 1871 ein Anliegen des Verfassungs- und Reichsgesetzgebers, die neu gewonnene staatliche Einheit gegen die einzelstaatlichen Partikularinteressen zu stärken, so wollten die Väter des Grundgesetzes gerade das föderale Moment im neuen Staat betonen. Dieses Streben kommt deutlich in den Kompetenznormen des Grundgesetzes, den Art. 30 und 70 ff zum Ausdruck.

Die Länderposition sollte gegenüber den Kompetenzen des Bundes gesichert werden. Trotzdem hat es sich gezeigt, daß das Grundgesetz in seiner Tendenz sehr stark auf Rechtseinheit hin angelegt ist. Dem Bund ist der Löwenanteil an den Gesetzesmaterien zugefallen.

Gerade deshalb erscheint es wichtig, die Grundentscheidungen in der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes aufzuzeigen und zu prüfen, inwieweit die Kodifikationsklauseln des BGB mit diesen Grundentscheidungen übereinstimmen. Denn jede Abweichung stärkt die Bundeskompetenz und vermindert das föderale Moment der Länderinitiative. Die Abhängigkeit der Kodifikationsklauseln von der jeweiligen Verfassungslage ist durch das Bundesverfassungsgericht

deutlich ausgesprochen worden¹⁾: "Die Zulässigkeit landesrechtlicher Bestimmungen über die Verjährung von Pressedelikten kann nicht anhand der in dem EG zum StGB (§ 2) und zur StPO (§ 6) enthaltenen Vorschriften über das Verhältnis von Reichs-(Bundes)recht und Landesrecht beurteilt werden, ohne die im Grundgesetz neu vorgenommene Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern zu berücksichtigen. ... Sinngemäß hat er (§ 2 EGStGB) aber auch Bedeutung für den Umfang, in dem der Landesgesetzgeber weiterhin zum Erlass von Strafgesetzen zuständig bleiben sollte²⁾. Insofern ist er aber nicht von der Veränderung im bundesstaatlichen Gefüge des Reichs unberührt geblieben. Er setzt die in einer bundesstaatlichen Verfassung vorgenommene Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Gliedstaaten und die dort festgesetzte Rangfolge der Rechtsquellen voraus".

Die Auswirkung der Kodifikationsklauseln zeigt sich besonders im Rahmen der Bedürfnisklausel des Art. 72 Abs. 1, wo den Kodifikationsklauseln die Aufgabe zukommt, den Begriff "soweit" zu konkretisieren³⁾.

Bei dem gewollt umfassenden Anspruch der Kodifikationsklauseln kommt ihnen aber auch im Verhältnis zum öffentlichen Recht Bedeutung zu. Und dadurch wird wiederum die Abgrenzung zwischen Landes- und Bundeskompetenz beeinflusst, denn auch im deutschen Bundesstaat ist die Grenzziehung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht von maßgeblicher Bedeutung für die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Land⁴⁾.

1) BVerfG in E 7/29(43).

2) Das gleiche Problem stellt sich auch bei Art. 55 EGBGB!

3) So ausdrücklich das BVerfG a.a.O., S. 44.

4) Giacometti, Lehren, S. 92 und 142.

1.311 Die Grundregelung der Art.30
und 70 ff GG

Grundpfeiler der Kompetenzregelung des Grundgesetzes sind die Art. 30 und 70 GG.

Der Art.30 GG nimmt die grundsätzliche Verteilung der Zuständigkeiten für alle staatlichen Befugnisse und Aufgaben vor. Diese Entscheidung ist im Grundgesetz zugunsten der Länder gefallen. Es ist richtig, daß es sich bei dem hier zum Ausdruck gekommenen Gedanken der Subsidiarität, der Zuständigkeit der kleineren Einheit, um die verfassungsrelevante Formulierung eines "gesellschaftsföderalen Denkens"¹⁾ handelt. Lerche nennt dies²⁾ "Welterklärungsformeln" in eine positive Verfassung eingießen. Er meint, zum praktischen Ausdruck seien derartige Tendenzen in dem Fall des Art.30 GG gekommen. Daraus aber zu schließen, daß die Bedeutung solcher Normen sich darin erschöpfe, daß sie ihr Gesicht nur der "nackten Staatlichkeit der Glieder" zuwende und nicht der entscheidenden Seite der Kompetenz, ja, den Kompetenznormcharakter des Art. 30 GG ganz zu leugnen, erscheint als zu weitgehend.

Es mag zwar sein, daß der soziologische und gesellschaftspolitisch relevante, gewollte Inhalt einer Subsidiarität in der soziologischen Wirklichkeit des Staates keinen Rückhalt findet. Trotzdem geht aber die Bedeutung über eine bloße Bestätigung der Staatlichkeit der Länder hinaus, und man wird die Bedeutung des Art.30 GG im Rahmen der Art.70 ff GG und Art.83 GG zu sehen haben.

1) Lerche in VVDStRL 21/66(74).

2) Ders. a.a.O.

Zwar nimmt Art.30 GG keine konkrete Zuweisung von Gesetzesmaterien vor, aber ihm kommt doch als eine Art Auffangtatbestand im Zusammenhang mit Art.70 GG eine kompetenzabsichernde Funktion zu. Es ist daher ein richtiger Gedanke¹⁾, auf die Schutz- tendenz der Kompetenznormen des Grundgesetzes hinzuweisen. In diesem Sinne spielt der Art.30 GG eine wesentliche Rolle.

Die konkrete Formulierung des Grundsatzes des Art.30 GG auf der Ebene der Kompetenzzuweisung nimmt Art.70 GG vor. Art.30 GG und Art.70 GG zusammen ergeben den Rahmen, in dem die eigentliche Zuteilung der Gesetzesmaterien gemäß der Art.71 ff GG sich abspielt.

Zivilistisch ausgedrückt formulieren die Art.30 und 70 GG die absolute, aber auflösend bedingte Gesamtzuständigkeit der Länder. Die Art.71 ff GG enthalten dann die Bedingungen, durch deren Eintritt den Ländern die Kompetenz, die ihnen bis dahin zustand, entzogen wird.

Dabei nimmt zwar auch Art.70 GG wie der Art.30 GG keine konkrete Zuweisung einer bestimmten Gesetzesmaterie vor. Aber er ist Ausdruck des Prinzips, das für die Art der Kompetenzverteilung maßgeblich ist. Nämlich der enumerativen Aufzählung der dem Bund zugewiesenen Materien und der Einsetzung der Länder quasi auf den Rest. Für den Rest ist Art.70 GG die Kompetenznorm.

Diese Art der Kompetenzregelung ist eine mögliche. In der kanadischen Verfassung z.B. ist der umgekehrte Weg beschritten: Dort wird den Ländern eine bestimmte Materie enumerativ zugewiesen, der Bund ist auf den Rest eingesetzt.

1) Bullinger, Mineralölleitungen, S.55.

Der Art.70 GG ist also ein generalklauselartiger Auffangtatbestand und sichert die Vollständigkeit der Kompetenzverteilung.

Daher gilt der Satz: Die Gesetzgebung des Bundes kann nur auf eine ausdrückliche Verleihung gestützt werden. Bei Zweifeln über die Zuständigkeit des Bundes spricht keine Vermutung für den Bund zugunsten einer Bundeskompetenz. Die Systematik des Grundgesetzes - das in den Art.30, 70 ff; 83 ff GG eine Grundentscheidung zugunsten des föderalistischen Staatsaufbaus getroffen hat - spricht vielmehr für eine strikte Interpretation der Art.73 ff GG¹⁾.

1.312 Art.30 und 70 GG als Träger der Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder

Die Bedeutung des Art.30 und des Art.70 GG für die generelle, auflösend bedingte Zuständigkeit der Länder, die vorstehend mit dem Begriff der "Zuständigkeitsgeneralklausel" umschrieben wurde, wird auch umschrieben durch die Formulierung, es handle sich um eine "Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder²⁾".

Für die Verfassung von 1871 ist diese Präsumtion dahin erläutert worden, daß in Zweifelsfällen die Kompetenz des Reiches an Hand des Rechtes nachgewiesen werden

-
- 1) Vgl. BVerfGE 12/205(228) und E 15/1(17). Dem steht selbstverständlich nicht entgegen, daß in gewissem Rahmen eine Kompetenz aus Sachzusammenhang und Natur der Sache abgeleitet werden kann. Vgl. auch z.B. Giese in AÖR 80/214.
 - 2) Für den Begriff Zuständigkeitsgeneralklausel Mangoldt-Klein S.751 Anm.2. Dort Anm.2a auch gegen Maunz-Dürig, die in Anm.1 zu Art.30 GG den Begriff der Vermutung einführen.

müsse¹⁾. Hinsichtlich einer 'Vermutung' zugunsten der Länder hat Triepel für die aRV Bedenken angemeldet. Er meinte: "Es wäre aber jedenfalls verkehrt, in Bezug auf eine zweifelhafte Zuständigkeit zu behaupten, sie müsse dem Reich deshalb fehlen, weil den Gliedstaaten die Vermutung der Kompetenz bis zum Beweise des Gegenteils zur Seite stehe. Das träfe nur dann und nur insoweit zu, als eine Konkurrenz von Reich und Gliedstaaten in Bezug auf eine Angelegenheit nach ausdrücklicher Vorschrift oder der Natur der Sache ausgeschlossen ist. Darüber hinaus findet sich im positiven Recht kein Anhaltspunkt, der zu einer Auslegung der Verfassung in dem Sinne einer Präsumtion gegen das Reich drängt"²⁾. Diese Ausführungen haben sicher ihre Berechtigung, solange die Verfassung von 1871 in Kraft war. Auf Grund der gewandelten Verfassungslage muß dieses Problem heute anders beurteilt werden.

Dieser Begriff drückt plastisch aus, wie sich die Art.30 und 70 GG im Falle eines Zweifels über eine Kompetenzzuständigkeit auswirken. Ob man nun von einer materiellen Zuständigkeitsverteilungsnorm in der gesetzes-technischen Form einer Zuständigkeitsgeneralklausel zugunsten der Länder spricht (wie Mangoldt-Klein a.a.O. es tun) oder aber von einer Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder, ändert nichts an der praktischen Wirkung dieser Normen.

Wo die Zuständigkeitsverteilung zu Zweifeln Anlaß gibt, greift die Zuständigkeitsvermutung ein und behebt die Zweifel³⁾. Dabei sind Vermutungen nicht nur bei

1) Haenel, Staatsrecht I, S.776; Triepel, Kompetenzen, S.281, allerdings mit der Einschränkung, es dürfe dies nicht zu kategorisch aufgefaßt werden.

2) A.a.O., S.282.

3) Maunz-Dürig a.a.O.

tatsächlichen Zweifeln, sondern auch bei rechtlichen Zweifeln denkbar. Man wird nicht sagen können, daß es bei der getroffenen Kompetenzverteilung des GG den Zweifel an einer Zuständigkeit nicht geben könne, da entweder der Bund durch speziellere Norm für zuständig erklärt sei oder aber nicht¹⁾, somit für einen Zweifel kein Raum bliebe. Denn "Zuständigkeitsvermutung und Zuständigkeitsverteilung sind keine Gegensätze, sondern ergänzen sich wechselseitig"²⁾.

Im übrigen fügt Lerche nach Ablehnung der Möglichkeit eines Zweifels und damit eines Raumes für eine Zuständigkeitsvermutung hinzu, "nur bei der Auslegung der spezielleren Norm einschließlich der Frage, ob überhaupt eine solche anzunehmen sei, muß das Gewicht der Generalregel berücksichtigt werden; denn jede Verfassungsnorm wirke auf alle anderen"³⁾ ein. Damit zeigt er aber doch selbst eine Möglichkeit für einen Zweifel auf. Jetzt wirkt sich die Generalklausel eben zugunsten der Länder aus, und sei es auch nur in der Form einer Art Feststellungslast, die der Bund zu tragen hätte⁴⁾.

An dieser Stelle muß mit Rücksicht auf die Bedeutung der Kodifikationsklauseln des BGB bemerkt werden, daß diese Zuständigkeitsvermutung sich nicht nur auf den Fall erstreckt, daß eine ganze Materie nicht in den Kompetenzkatalogen des Grundgesetzes aufgeführt ist⁵⁾,

1) Zum Vorstehenden vgl. Lerche in VVDStRL 21/77 Fußn. 37.

2) Maunz-Dürig Anm. 1 zu Art. 30.

3) A. a. O.

4) Maunz-Dürig a. a. O.

5) Wie in den Fällen BVerfGE 12/205(228) und 15/1(17).

sondern sie muß auch für die Fälle gelten, in denen zwar eine Regelung im Rahmen der konkurrierenden Kompetenz durch den Bund getroffen worden ist, diese Regelung aber Lücken aufweist. Denn die Landeskompetenz ist gemäß Art.72 Abs.1 GG nur solange und soweit ausgeschlossen, wie die Bundesregelung reicht. Liegt eine echte Lücke vor, d.h. eine Lücke, die nicht nach den klassischen Regeln der Auslegungskunst ausgefüllt werden kann, so greift wieder die Länderkompetenz ein bzw. die Länderkompetenz ist in diesem Falle nie erloschen. Hat sich erst nachträglich gezeigt, wie im Beispiel der Urlaubsgesetze, daß eine bis jetzt als vollständig angesehenen Regelung des BGB nicht ausreicht, so schiebt sich auch in diesem Falle die Länderkompetenz über die Wirkung der Zuständigkeitsvermutung in diesen freien Raum hinein.

Da die Zuständigkeitsregelung im Grundgesetz den Ländern für den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die absolute, aber bedingte Gesetzgebungskompetenz zuweist, ist es in einem solchen Fall so anzusehen, als sei die Bedingung für das Erlöschen der Länderkompetenz, d.h. eine erschöpfende Regelung durch den Bundesgesetzgeber, nicht eingetreten. Und hier zeigt sich bereits ein Unterschied zwischen der Regelung des GG und der aRV. Denn die beschriebene Automatik wäre unter der aRV durch die Kodifikationsklausel und ihre Wirkung als erweiternde Abgrenzungsnorm ausgeschlossen gewesen. Das Reichsgesetz bescheinigte sich ja durch die Kodifikationsklauseln selber die Vollständigkeit und konnte dies auch im Rahmen der damaligen Verfassung tun. Das ist heute im Rahmen der 'soweit-und-solange' Regelung des Art.72 Abs.1 GG in Verbindung mit der Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder nicht mehr möglich.

Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen den Begriff der Vermutung im dargelegten Sinne gebraucht. So sagt es¹⁾: "Bei Zweifeln über die Zuständigkeit des Bundes spricht keine Vermutung für den Bund zugunsten einer Bundeskompetenz". Zwar hat das Verfassungsgericht im 13. Band²⁾ in einer Entscheidung, in der es die Voraussetzungenbegriffe der konkurrierenden Gesetzgebung zu Rechtsbegriffen "ausstaffierte", die Einschränkung gemacht, daß die Vermutung für den Bund spräche, "wenn und weil" er handle³⁾. Daraus darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß das Gericht seine Rechtsprechung über die Rolle der Zuständigkeitsvermutung geändert hätte⁴⁾. Daher sagte Lerche nur mit Bezug auf die zitierte Entscheidung mit Recht, daß sie ihm Symptom für das Überwiegen von sachrationaler Uniformität gegenüber der föderalen Staatszielbestimmung zu sein scheine. Und er fährt fort, daß die Vermutung immer für den jeweils Handelnden, sei es Land, sei es Bund, spräche. Hier wird aber der Begriff der Vermutung in einem anderen Sinne gebraucht, als er oben für die Art. 30 und 70 GG definiert worden ist.

1) BVerfGE 12/205 (228).

2) S. 230 (233 f.).

3) Lerche a.a.O., S. 72 zu BVerfGE 13/233 f.

4) Eine Rechtsprechung, die es ja auch im 15. Band a.a.O. wiederaufgenommen hat.

1.313 Die Bedeutung des Art.72 GG für
die Kodifikationsklauseln

Kommt die Kodifikationsklausel des Art.55 EG als erweiternde Abgrenzungsnorm schon mit der Grundregelung der Art.30 und 70 GG in Konflikt, da sie sich der Wirkung der Zuständigkeitsgeneralklauseln entgegenstellt, indem sie Zweifel an einer Vollständigkeit der Regelungen des BGB, die möglicherweise zu einer Gesetzgebungsbefugnis der Länder führen würde, zu deren Nachteil und damit zugunsten des Bundes beseitigt, so kollidiert sie erst recht mit Art.72 GG.

Zur Stärkung der föderalen Komponente wurde die "Solange-und Soweit-Klausel" des Abs.1 und die "Bedürfnisklausel" des Abs.2 eingeführt¹⁾. Art.72 GG enthält die Voraussetzungsbegriffe für die Ausschaltung der grundsätzlich gegebenen Länderkompetenz durch den Bund auf dem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung. Die Bedeutung dieser Voraussetzungsbegriffe ist gewachsen durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, daß es sich bei ihnen um Rechtsbegriffe handle. Dadurch wurden sie justitiabel und aus der Sphäre des reinen Ermessens des Gesetzgebers herausgenommen²⁾.

-
- 1) Die Fassung des Art.72 GG, insbesondere des Abs.2, ist stark umstritten gewesen. Die heutige Fassung des Abs.2 wurde erst nach einer Intervention der Militärgouverneure vom 2.3.1949 beschlossen; vgl. JÖR 1/465 f und Bonner Kommentar Anm.I zu Art.72. Zur Frage der Auswirkungen des Art.72 im Rahmen der Übergangsregelungen der Art. 123 ff GG vgl. unten S. 92 ff.
 - 2) Das BVerfG hatte in E 2/213(224 f) diese Voraussetzungsbegriffe noch als nicht justitiabel bezeichnet. In E 13/230(233 f) hat es dann diese Entscheidung revidiert. Dies hatte Maunz Lehrbuch S.197 und in Maunz-Dürig Art.72 Rdn.14 ff immer gefordert. Vgl. auch neuerdings zu Art.72 Abs.2 Gruson, Die Bedürfniskompetenz. Zur Justitiabilität a.a.O., S.88 ff.

Das Bundesverfassungsgericht hat, wie bereits erwähnt¹⁾, zu Art.2 EGStGB mit Recht betont, daß diese Vorschrift sinngemäß auch für die Frage des Umfanges der den Ländern verbleibenden Gesetzgebungszuständigkeit von Bedeutung sei, die Regelung der Art.70 ff GG voraussetze und sich die Auswirkung der Kodifikationsklauseln besonders im Rahmen des Art.72 Abs.1 GG zeige, wo den Kodifikationsklauseln die Aufgabe zukomme, den Begriff "soweit" zu konkretisieren.

Gleiches gilt für Art.55 EGBGB.

Auf den Sachgebieten der konkurrierenden Gesetzgebung treten die Länder "in einen Wettbewerb" mit dem Bund, da beide Gesetze auf diesen Sachgebieten erlassen können. Die Entscheidung, welchem der Konkurrenten der Vorrang gebührt, wenn beide tätig geworden sind, muß auch im Rahmen des Art.72 GG, besonders anhand der "Solange- und Soweit-Klausel" entschieden werden.

"Solange-und Soweit" bedeutet zum einen, daß der Bund sich sowohl zeitlich wie sachlich ausdrücklich darauf beschränken kann, Teile eines Sachgebietes zu regeln, so daß für die übrigen Teile die Länder schon deshalb weiterhin zuständig bleiben. Zum anderen steht fest, daß auch dann "Raum für die Landesgesetzgebung bleibt, wenn ein Bundesgesetz eine Materie nicht erschöpfend regelt"²⁾, obwohl dies beabsichtigt war.

"Der Erlaß eines Bundesgesetzes allein rechtfertigt noch nicht die Annahme, daß die Materie erschöpfend geregelt ist oder geregelt werden sollte, selbst dann nicht, wenn durch das Gesetz ein Sachgebiet "kodifiziert" wird.

1) BVerfGE 7/29 (43 f); im übrigen vgl.oben S. 37

2) Maunz-Dürig Rdn.9 zu Art.72.

Denn ungeachtet der gesetzlichen Regelung und selbst der Kodifizierung können immer noch Gebiete übrig bleiben, deren Regelung offen geblieben ist"¹⁾.

Da die Frage, ob eine Materie im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung erschöpfend geregelt ist, unmittelbar mit der Gesetzgebungskompetenz verknüpft ist, da die Landeskompentenz ja nur erlischt "solange- und soweit" der Bund von seiner Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch gemacht hat, müssen alle Versuche, die Grenzziehung außerhalb des GG durch abstrakte Formeln oder Klauseln wegen ihrer Relevanz für die allein im GG geregelte Kompetenzfrage mit besonderem Mißtrauen betrachtet werden.

Zu diesen Klauseln gehören in besonderem Maße die Kodifikationsklauseln. Es ist dargelegt worden, daß Art.55 EG als erweiternde Abgrenzungsnorm zu bezeichnen ist, das heißt, daß dieser Artikel ausspricht, daß die im Rahmen der konkurrierenden Zuständigkeit "Bürgerliches Recht" getroffene Regelung im BGB erschöpfend ist, auch wenn Lücken vorhanden sind oder sich zeigen sollte, daß Lücken in Zukunft auftreten. Das "Soweit" in Art.72 Abs.1 wird also durch eine abstrakte Klausel im EGBGB konkretisiert. Dies erscheint aber als unzulässig, da dadurch die Kompetenz der Länder zur Gesetzgebung "solange und soweit" die Materie nicht durch den Bund geregelt würde, ausgeschlossen wird ohne Rücksicht darauf, ob wirklich eine erschöpfende Regelung des betreffenden Gegenstandes geschaffen worden ist.

Die strikte Interpretation des Grundgesetzes und die Bedeutung der Kompetenzfrage erfordert es, daß in jedem Einzelfall anhand der durch den Bund vorgenommenen

1) Maunz-Dürig a.a.O., Rdn.10.

Gestaltung im Rahmen des Art.72 Abs.1 geprüft wird, ob Vollständigkeit mit der Folge, daß die Länderkompetenz ausgeschaltet ist, gegeben ist.

Diese Prüfung durch der jeweiligen gesetzlichen Regelung beigegebene abstrakte Klauseln von vornherein im Sinne des Bundes zu entscheiden, ist unzulässig, da solche Abgrenzungsnormen, besonders wenn es sich wie beim Art.55 EG um erweiternde Abgrenzungsnormen handelt, auf Grund der Verknüpfung mit der Frage der weiterbestehenden Kompetenz dazu führen müßte, daß außerhalb des GG Entscheidungen über das Fortbestehen der Gesetzgebungskompetenz der Länder getroffen würden. Den erweiternden Abgrenzungsnormen käme demgemäß "quasi Kompetenznormcharakter" zu.

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Tatsache, daß der Begriff "Bürgerliches Recht" in Art.74 Ziff.1 GG im weiteren kodifikationstechnischen Sinne aufzufassen ist¹⁾, und ohne Frage das EGBGB mitumfaßt. Denn die Begriffsdefinition deckt nicht den Art.55 als erweiternde Abgrenzungsnorm, sondern bedeutet, daß die im BGB enthaltenen öffentlich-rechtlichen Regelungen deshalb zum BGB und damit in die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes gehören, "weil es sich um die nach privatrechtspolitischen Gesichtspunkten enumerierten Voraussetzungen des Eintritts oder Wegfalls einer privatrechtlichen Rangfolge handelt"²⁾ und weil sie in das BGB aufgenommen worden sind.

Endlich würde es auch dem Sinn und Zweck der Kodifikationsklauseln, besonders des Art.55 widersprechen, wollte man ihn verfassungskonform interpretieren und in ihm nur eine Aufforderung an den Richter sehen, das je-

1) Vgl. zur Interpretation dieses Begriffes und dessen Verhältnis zu Art.55 EG unten S. 101 ff

2) Ballerstedt-Salzwedel Gutachten S.56.

weilige Gesetz aus den ihm immanenten Möglichkeiten auszulegen.

Es kann in diesem Zusammenhang nicht näher auf die möglichen und zulässigen Interpretationsmöglichkeiten eingegangen werden. Es sei nur angedeutet, daß im Rahmen der objektiv-teleologischen Interpretation auf das "Ganze der rechtlichen Zwecke" zurückgegriffen wird¹⁾. Im Rahmen dieser Interpretationsmethode muß auch die verfassungskonforme Interpretation gesehen werden. "Hier erhält die Verfassung als Determinante des Gesetzesinhalts eine alle anderen Auslegungskriterien weit übertreffendes Gewicht"²⁾.

Es wird der verfassungskonformen Interpretation eine das Gesetz berichtigende Funktion beigelegt: Dieser Auslegungsgrundsatz "drängt zu Abweichungen vom Wortlaut, Entfernung vom Willen des historischen Gesetzgebers, ja sogar zu Veränderungen des Regelungssinnes"³⁾.

Hier liegt aber auch die Gefahr und die Grenze. Denn durch eine solche Interpretationsmethode schafft der Auslegende weitgehend eine neue Vorschrift, die der ursprüngliche Gesetzgeber nie erließ. Auch das Bundesverfassungsgericht aber darf niemals den Sinn eines Gesetzes umgestalten, um es vor der Verfassungswidrigkeit zu bewahren⁴⁾.

1) Harald Bogs, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, S.26.

2) Ders., S.62.

3) Ders., S.67.

4) A.a.O.

Der Richter darf zwar den Regelungsgehalt von Gesetzen verfassungskonform erweitern und einengen, überschreitet aber dann seine Auslegungsbefugnis, wenn er den Regelungskern der Norm umformt¹⁾.

In diesen Bereich gehört auch die sinnberichtigende Anpassung vorkonstitutioneller Regelungen an das GG. Über Art.123 Abs.1 GG ist schon eine beträchtliche Lücke entstanden, die nun geschlossen werden muß. Bei den erweiternden Abgrenzungsnormen, besonders bei Art.55 EG, würde eine verfassungskonforme Interpretation aber gerade den Regelungskern treffen müssen, nämlich die abstrakte Festlegung des Geltungsbereichs und die damit verbundene Beseitigung der Länderkompetenz. Das ist unzulässig.

1) Bogs, a.a.O., S.68.

1.314 Art.55 kann nicht als Sperrgesetz
 aufrechterhalten bleiben

Endlich ergibt sich aus der Verwendung des Begriffs "Gebrauchmachen" in Art.72 Abs.1 GG und dem Wort "Regelung" in Abs.2, daß die Kodifikationsklausel nicht aufrechterhalten bleiben kann mit der Begründung, es handle sich bei ihr um eine Art negatives Sperrgesetz, das der jeweiligen bundesgesetzlichen Regelung vorangestellt sei. Die Möglichkeit solcher negativer Sperrgesetze muß im Rahmen des Grundgesetzes verneint werden.

Gebrauchmachen setzt grundsätzlich die normative Regelung der betreffenden Materie voraus. Kein Gebrauchmachen ist die rein formale Ausnutzung der Kompetenz¹⁾. Jedem Rechtssatz wohnt ein gestaltendes Element inne, indem er einen Lebenssachverhalt umformt in einen Norminhalt²⁾. Auf diesen Vorgang stellt Art.72 Abs.1 und Abs.2 ab.

Unter einem Sperrgesetz ist ein Bundesgesetz zu verstehen, das die Länder an der Gesetzgebung hindert, ohne selber eine sachliche Regelung zu treffen³⁾. Die Meinungen über die Zulässigkeit solcher rein negativer Sperrgesetze gehen auseinander. Dabei soll hier nur von den Sperrgesetzen die Rede sein, die dem Bund durch ein Reglungsverbot an die Länder einen interventionsfreien Raum verschaffen. Zulässig sind jedenfalls solche Gesetze, die anordnen, daß ein Lebenssachverhalt überhaupt frei bleiben soll von jeglicher gesetzlicher Normierung. Statuiert der Bundesgesetzgeber eine solche

1) Mangoldt-Klein Art.72, S.1438.

2) Vgl. Leonhardt, S.24.

3) Gruson, Bedürfniskompetenz, S.70;
Leonhardt a.a.O., S.23.

Forderung, so bindet er auch sich selber. Es handelt sich dann nicht, wie im Falle eines negativen Sperrgesetzes, um eine einseitig gegen den Landesgesetzgeber gerichtete Sperre. Nur in diesem Sinne scheint auch Gruson¹⁾ die Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit der Bedürfniskompetenz des Art.72 Abs.2 GG zu bejahen.

Das Problem der negativen Sperrgesetze beruht darin, daß durch sie der Bund juristische Hohlräume durch Interventionsverbote gegenüber dem Landesgesetzgeber vorsorglich zu seinen Gunsten absichert²⁾.

Für die Möglichkeit negativer Sperrgesetze sprechen sich Maunz-Dürig³⁾ aus. Sie sagen: "Ebenso kann auch sonst auf diesen Gebieten ein Bundesgesetz ergehen, dessen Inhalt lediglich darin besteht, Landesgesetze dieser Sachgebiete auszuschließen. Es ist dann eine bundesrechtliche Sperre der Landesgesetzgebung für diesen Gegenstand eingetreten". Die Nachweisstellen, auf die sich Maunz-Dürig zur Stützung ihrer These berufen, können diese Aufgabe nicht erfüllen. Die Äußerung Zinns aus dem Jahre 1949 erfolgt nur nebenbei und ohne direkten Bezug zu der hier zur Diskussion stehenden Frage, ob ein rein negatives Sperrgesetz zum Ausschluß der Länderkompetenz genüge. Auch erscheint es fraglich, ob dieser Stellungnahme aus dem Jahre 1949 auch heute noch eine so gewichtige Bedeutung zukommt. Auch bezieht sich die Äußerung Zinns direkt wohl auf die Frage, ob die Ländergesetzgeber durch einen Hinweis auf den kodifikatorischen Charakter eines Gesetzes an der eigenen Gesetzesinitiative gehindert werden können⁴⁾.

1) A.a.O., S.70; vgl. auch Maunz-Dürig Art.72 Rdn.5 und Fußn.4.

2) Köttgen in BB 56/441(442).

3) A.a.O. und Art.74 Rdn.13 a.E.; ebenso Ipsen RdA 54/81 ff; Zinn AöR 75/298; anders allerdings Maunz im Lehrbuch 16.Aufl., S.215.

4) So wohl richtig Weber DÖV 54/418.

Auch Ipsen¹⁾ vertritt die Ansicht, daß ein solches Gesetz möglich sei, und zwar auch im Falle eines Rahmengesetzes; doch ebensowenig wie die Äußerung bei Zinn vermag seine Argumentation zu überzeugen. Ihr Hinweis auf die Regelung im Rahmen der Weimarer Reichsverfassung geht fehl, denn unter der WRV waren nach herrschender Meinung Sperrgesetze unzulässig²⁾. Es kann also nicht die Rede davon sein, daß Sperrgesetze "wie seither" möglich sein³⁾. Auch aus den Art.146 Abs.2 mit 174 Abs.1 WRV, auf die beide Autoren sich berufen, ergibt sich nichts Gegenteiliges. Bei Art.174 Abs.1 WRV handelte es sich um eine Vorschrift mit Verfassungsrang. Der Verfassungsgesetzgeber aber ist befugt, solche Ausnahmeregelungen zu treffen. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß auch im Rahmen der normalen Kompetenzverteilung nach Art.7 ff WRV ein einfaches Reichsgesetz eine Sperre aussprechen konnte. Etwas anderes ergeben auch die Entscheidungsgründe des Staatsgerichtshofs und des Reichsgerichts⁴⁾ nicht. Vielmehr wird in beiden Entscheidungen der Ausnahmecharakter des Art.146 Abs.2 betont und schon eine Ausdehnung der Regelung auf den Bereich des Art.144 WRV abgelehnt. Erst recht muß dann die Möglichkeit verneint werden, aus der Regelung der beiden zitierten Artikel Rückschlüsse für die Möglichkeit von Sperrgesetzen im Rahmen der Art.7 ff zu ziehen.

Auch soweit sich Maunz-Dürig auf Seifert-Geeb berufen, kann ihnen nicht gefolgt werden. Es heißt dort⁵⁾, "die sperrende Wirkung reiche nur soweit, wie der Bundesgesetzgeber eine Materie regele". Voraussetzung für das

1) A.a.O.

2) Z.B. Arndt WRV Art.12 Anm.3; Poetzsch-Heffter Art.12 Anm.4 b; Leonhardt, S.23 m.w.Nachw.
A.A. anscheinend Anschütz Art.12 Anm.2 Fußn.1.

3) Zinn a.a.O., S.298.

4) StGHdDR in RGZ Anhang, S.10 und RGZ 118/3.

5) In Bundesrecht I Alo, S.142.

Erlöschen einer Länderkompetenz sei eine erschöpfende Regelung der Materie. Eine rein im Negativen verharrende Norm kann aber weder als Regelung angesehen werden, noch kann man sich vorstellen, daß sie eine Materie erschöpfend regelt. Es mag sein, daß von dem Satz: "Der Landesgesetzgeber darf sich jedoch nicht in Widerspruch setzen zu einem etwa erkennbar gewordenen Willen des Bundesgesetzgebers, eine Frage überhaupt nicht zu regeln"¹⁾ ausgegangen worden ist. Mit dieser Anmerkung ist aber, wie bereits dargelegt, nicht der Fall des rein negativen Sperrgesetzes gemeint.

Ebensowenig wie die genannten Autoren ergeben die zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Hinweise dafür, daß rein negative Sperrgesetze zulässig sein könnten.

In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. April 1953²⁾ heißt es: "Die vor diesem Bundesgesetz ... geltenden bundesrechtlichen Vorschriften ... enthalten weder eine positive Regelung ..., noch lassen sie erkennen, daß eine landesgesetzliche Regelung dieser Frage ausgeschlossen werden solle". Ob letztere Alternative verfassungsmäßig zulässig sei, darüber enthält die Entscheidung keine Ausführungen.

Ebensowenig hat sich das Bundesverfassungsgericht durch sein Urteil vom 30. Mai 1956³⁾ für die Zulässigkeit von Sperrgesetzen ausgesprochen. In dem dort anhängigen Streitverfahren hatte die bayerische Landesregierung vorgetragen, daß die Apothekenstopppgesetze Sperrgesetze seien, die lediglich den Zweck hätten, die Gesetzgebungs-

1) Seifert-Geeb a.a.O.

2) BVerfGE 2/233 (236).

3) BVerfGE 5/25 ff.

befugnisse der Länder auszuschalten, ohne gleichzeitig eine materielle bundesrechtliche Regelung zu treffen. Der Bund könne aber von seinem Gesetzgebungsrecht nach Art.72 Abs.1 GG nur durch Erlaß eines Gesetzes mit materiellem Inhalt Gebrauch machen. Das Verfassungsgericht hat zwar zu diesen Ausführungen nicht Stellung bezogen, da es die sogenannten Apothekenstoppgesetze aus anderem Grunde für verfassungswidrig erklärt hat. Für die Möglichkeit von Sperrgesetzen hat das Gericht sich aber auch in dieser Entscheidung nicht ausgesprochen.

Endlich kann auch nicht der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 4.Juni 1957¹⁾ als Beleg herangezogen werden. Die Entscheidung, die sich auf den Umfang des § 2 EGStGB bezog, enthält nur den Hinweis, daß, da die Regelung der Verjährung für Pressedelikte nicht zu der Materie "Strafrecht" des Art.74 Nr.1 GG gehöre, die Bundesrecht gewordene Vorschrift des § 2 EGStGB die Landesgesetzgebung auf diesem Gebiet nicht sperren könne. Davon, daß eine negative Sperre grundsätzlich möglich sei, enthält diese Entscheidung nichts.

Auch in dem Streitverfahren über die Länderkompetenz zur Regelung des Urlaubs hat sich das Bundesverfassungsgericht in keinem anderen Sinn geäußert. Das Bundesarbeitsgericht war bemüht nachzuweisen, daß die Materie "Urlaub" bereits im BGB geregelt sei. Das Bundesverfassungsgericht ist dieser Ansicht entgegengetreten, indem es ausgeführt hat, im Verhältnis zu den Urlaubsgesetzen könnten die §§ 618, 315, 242 BGB weder als eine gleichlautende noch als eine widersprechende bundesrechtliche Regelung des Urlaubs angesehen werden. Auch hier ist

1) BVerfGE 7/29 ff.

also die Rede von einer Regelung¹⁾.

Aus allem muß gefolgert werden, daß zumindest die bei Maunz-Dürig angegebenen Beweisstellen die vertretene Ansicht, negative Sperrgesetze seien zulässig, nicht stützen.

Dieses Ergebnis folgt auch aus einer Wortinterpretation des Art. 72 Abs. 2. Gebrauchmachen setzt in jedem Fall "grundsätzlich die normative Regelung der betroffenen Materie voraus"²⁾. Kein "Gebrauchmachen" ist die rein formale Ausnutzung der Kompetenz³⁾. Ebenso wie bei Mangoldt-Klein ist auch an anderer Stelle⁴⁾ ausgeführt, daß ein auf die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit gestütztes Gesetz die Länderkompetenz nur sperren könne, wenn es eine inhaltlich bestimmte, materielle Regelung des einschlägigen Gegenstandes treffe. Dies wird von Maunz bestätigt⁵⁾, der meint, diese Forderung ergebe sich schon aus dem Rechtsstaatsgedanken.

"Die Besonderheit der konkurrierenden Gesetzgebung beruht darin, daß der Bundesgesetzgeber hier jeden der aufgeführten Sachbereiche ordnen darf, ohne auf die Landesgesetzgebung Bedacht nehmen zu müssen"⁶⁾.

1) BVerfGE 7/342 (354).

2) Mangoldt-Klein Art. 72, S. 1438.

3) Mangoldt-Klein Art. 72, S. 1440.

4) Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 72 Rdn. 8.

5) Lehrbuch, S. 215.

6) Maunz-Dürig a.a.O. Art. 72 Rdn. 1.

Bis dies geschehen ist, haben die Länder das Recht zu eigener Gesetzgebung. Beide Gewalten treten in einen "Wettbewerb"¹⁾. Sowohl die in Art.72 Abs.1 verwendeten Begriffe wie auch die Kommentierung bei Manz-Dürig implizieren ein Tätigwerden durch ordnenden Eingriff. Ein im rein Negativen verharrendes Sperrgesetz würde gegen den Geist dieses Wettbewerbs verstoßen.

Es bleibt also festzuhalten, daß Art.55 EGBGB nicht als negatives Sperrgesetz aufrechterhalten bleiben kann²⁾.

1) Maunz-Dürig a.a.O., Art.72 Rdn.1.

2) Einen interessanten Nebenaspekt bietet in diesem Zusammenhang die von Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S.271/272, vertretene Ansicht für den Bereich der Organisationsgewalt. Er sagt: "Anders verhält es sich dagegen mit präventiven Gesetzesvorbehalten, die der (einfache) Gesetzgeber selbst aufstellt und durch die er vorab bestimmte Materien der Organisationsgewalt der Executive entzieht und für sich reserviert, ohne selbst eine konkrete Regelung zu treffen. Derartige "negative Sperrgesetze zu Lasten der Organisationsgewalt" der Executive sind unzulässig". Vgl.auch Böckenförde, Organisationsgewalt, S.106.

1.32 Ergebnis der Untersuchung

Die Kodifikationsklauseln des BGB können neben der abschließenden Kompetenzregelung des Grundgesetzes im Gegensatz zur Rechtslage unter der Reichsverfassung von 1871 heute weder als erweiternde Abgrenzungsnormen noch als eine Art von negativem Sperrgesetz aufrechterhalten bleiben. Das folgt aus der unterschiedlichen Kompetenzregelung, der unterschiedlichen Strenge der Kompetenzverteilung in der Reichsverfassung und dem Grundgesetz.

Der Sinn der Kodifikationsklausel ist ursprünglich der einer erweiternden Abgrenzungsnorm gewesen. Läßt man die Aussage der Kodifikationsklausel bestehen, meint aber, daß trotzdem eine erschöpfende Regelung nicht immer beabsichtigt sein muß und eine Materie trotz des Kodifikationsanspruchs ungeregelt geblieben sein könne und daß unabhängig daneben auf die Auslegung des betreffenden Bundesgesetzes abzustellen sei, so bedeutet dies eine Verkennung des ursprünglichen Sinns dieser Kodifikationsklauseln¹⁾. Eine verfassungskonforme Auslegung ist nicht möglich, da dadurch der Regelungskern des Art.55 betroffen werden würde.

Als erweiternde Abgrenzungsnorm jedenfalls ist die Kodifikationsklausel an den Art.123, 125 GG gescheitert²⁾.

1) Vgl. zu diesem Widerspruch Bonner Kommentar Art.72 Anm.II, 2.

2) Erst recht wäre dies der Fall, wollte man den Kodifikationsklauseln Kompetenznormcharakter zusprechen. So aber ArbG Heidelberg in BB 56/690 und LArbG Baden-Württemberg in BB 56/1068; Fischer in ArbuR 56/267; Galperin Rechtseinheit S.30. Die Vertreter dieser Meinung kommen dann auch konsequenterweise zu einer Unwirksamkeit über Art.123 ff GG.

Für das vorliegende Problem, ob der Hamburger Landesgesetzgeber an der Einführung eines öffentlichen Eigentums und damit einer neuen Form des Eigentums an Grund und Boden auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts durch die Kodifikationsklauseln des BGB (insbesondere Art. 3, 55 und 181 EGBGB) gehindert werden konnte, bedeutet dies, daß die Kodifikationsklauseln kein Hindernis darstellen. Es ergibt sich also, daß die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Eigentumsformen an Grund und Boden nicht die einzig denkbare ist, so kann der Landesgesetzgeber die Geltung der Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches für den Bereich des öffentlichen Rechts ausschließen und eine neue öffentlich-rechtliche Ordnung statuieren¹⁾. Seine Kompetenz zur Gesetzgebung ist nur insoweit erloschen, als die Regelung des BGB reicht.

1.4 Zwischenbemerkung

Das häufig zitierte Kodifikationsprinzip bietet also keine Schranke für das Gestaltungs- und Handlungsermessen des Landesgesetzgebers auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts²⁾. Damit scheint der Weg für die Unterwanderung des bürgerlichen Rechts durch das öffentliche Recht frei, ja die klassische Rechtseinheit scheint gefährdet, da sich

- 1) Daß die Regelung der Rechtsmaterie Grund und Boden im BGB nicht die einzig mögliche ist, hat der BGH in E 9 /373(382) festgestellt. So auch BVerwG IV C 95.65 aaO unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH.
- 2) Am Rande sei bemerkt, daß sich dies nicht etwa allein aus der Tatsache ergibt, daß sich die Kodifikationsklauseln allein auf das Privatrecht beziehen. Denn durch die Einführung eines öffentlichen Eigentums wird ja eine bisher den Regeln des BGB unterworfenen Materie diesem entzogen.

dem Landesgesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, neben dem BGB für die öffentlichen Sachen eine Rechtsordnung aufzubauen.

Und in der Tat wird sich zeigen, daß weder geschriebene noch ungeschriebene Verfassungssätze den Landesgesetzgeber an diesem Vorhaben hindern können.

2 Das Homogenitätsprinzip des Art.28 Abs.1 GG
als eine verfassungsrechtliche Schranke der
Gesetzgebungsfreiheit des Landesgesetzgebers

2.1 Art.28 Abs.1 Satz 1 GG in seiner Auswirkung
auf die Länderverfassungen

Das Homogenitätsprinzip des Art.28 Abs.1 Satz 1 GG bezieht sich in erster Linie auf die Länderverfassungen; es richtet sich an den Landesverfassungsgesetzgeber und stellt von diesem zu beachtende Richtlinien, Rahmenvorschriften, auf. Art.28 Abs.1 statuiert daher nicht selber Landesverfassungsrecht, sondern verpflichtet den Verfassungsgesetzgeber des Landes, seine Verfassung nach diesen Prinzipien zu gestalten.

Es soll die Homogenität der politischen Grundtatbestände zwischen Bund und Ländern sowie unter den Ländern herbeigeführt werden, ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen den Gliedern¹⁾.

Dieses so verstandene Prinzip der Homogenität gilt also nicht für den Gesamtbereich der in den Ländern bestehenden Rechtsordnungen, sondern nur für die jeweiligen Verfassungen, die allerdings nicht in eine Uniformität gezwungen werden.

1) Vgl.Hesse Grundzüge, S.36; Mangoldt-Klein Art.28, S.697; Hamann Art.28 Anm.B 1; Bonner Kommentar Art.28 Rdn.8 und 14; Maunz-Dürig Art.28 Rdn.2.

Voraussetzung für die Möglichkeit einer solchen Normativbestimmung ist die innere Bezogenheit, die zwischen dem Bund und den Gliedern herrscht und die sich aus der Option für einen föderalen Staatsaufbau ergibt¹⁾.

Bezeichnend für diesen Begriff der Homogenität ist ferner, daß er sich nur an die Adresse der Länder richtet und dem Bund eine Art von "Garantenstellung" zukommt, insofern er die Übereinstimmung der Länderverfassungen mit dem Grundgesetz gewährleisten muß.

2.2 Zum Begriff der "Homogenität" im Art.28 Abs.1 GG

Soweit der Begriff "Homogenität" in Zusammenhang mit Art.28 Abs.1 GG verwandt wird, handelt es sich inhaltlich um einen anderen als den, der von Lerche²⁾ verwandt wird. Der Homogenitätsbegriff von Lerche steht für ein dynamisches Prinzip, dessen Aufgabe es ist, Konfliktsituationen, die sich aus der föderalen Struktur des Bundesstaates ergeben, zu schlichten und der die Aufhebung der den Bundesstaat bedrohenden Antinomien herbeiführen soll³⁾.

Hat also die Homogenität des Art.28 Abs.1 GG mehr bewahrende Funktion, so soll der Homogenitätsbegriff von Lerche aktiv in das staatliche Zusammenleben eingreifen.

1) Vgl. Mangoldt-Klein a.a.O.

2) In VVDStRL 21/84 ff; vgl. auch Dürig in VVDStRL 19/133.

3) In diesem Sinne gebraucht Carl Schmitt, Verfassungslehre, S.370 ff den Begriff; allerdings soll er nur in extremen Krisensituationen relevant werden.

2.3 Die Ausstrahlung des in Art.28 Abs.1
Satz 1 niedergelegten Homogenitäts-
prinzips in den Bereich des einfachen
Landesgesetzgebers

Nun spricht Art.28 Abs.1 Satz 1 GG aber allgemein davon, daß "die verfassungsmäßige Ordnung" in den Ländern den Grundsätzen u.a. des sozialen Rechtsstaates im Sinne des Grundgesetzes entsprechen muß. Unter dem Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung kann nur die allgemeine Rechtsordnung verstanden werden, die die materiellen und formellen Normen der Verfassungen zu beachten hat. Es handelt sich um die gemäß der Verfassung aufgebaute und im Rahmen der Verfassung sich haltende Rechtsordnung¹⁾.

Aus Art.28 Abs.1 Satz 1 muß daher auch für den einfachen Landesgesetzgeber die Forderung abgeleitet werden, im Bereich seiner gesetzgeberischen Kompetenz die Prinzipien des im Grundgesetz näher definierten Rechtsstaates zu beachten. Das Bundesverfassungsgericht hat dies folgendermaßen ausgedrückt: "Art.28 Abs.1 bindet die Länder an die dort genannten leitenden verfassungsrechtlichen Prinzipien und will insoweit eine gewisse Homogenität herbeiführen; er fordert aber im übrigen keine Konformität oder Uniformität"²⁾.

1) Vgl. BVerfGE 6/32(41) = NJW 57/297.

2) BVerfG Urteil vom 18.12.1968, Teilabdruck in NJW 69/309 ff. Im Folgenden werden die Zitate mit der Seitenangabe des Urteils und, soweit die Passagen in der NJW abgedruckt worden sind, mit der dortigen Fundstelle zitiert.
Hier: S.35 = NJW a.a.O., S.310.

Für den Bereich des öffentlichen Sachenrechts, insbesondere des öffentlichen Eigentums, lassen sich aus der aufgezeigten Bindung des Landesgesetzgebers zwei Gesichtspunkte, unter denen die Frage nach der konkreten Auswirkung des Homogenitätsgebotes zu prüfen ist, herausarbeiten.

Der eine Gesichtspunkt ist mehr allgemeiner Art und bezieht sich auf die Grenzziehung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht.

Die Gewichtsverteilung zwischen öffentlichem und privatem Recht ist keineswegs nur eine Frage des Bundesstaatsrechts, sondern auch des Rechtsstaates. Der Rechtsstaat verlangt eine bestimmte Ausbalancierung zwischen gesellschaftlicher Selbstbestimmung und der Staatsgewalt, sozusagen ein privatrechtliches Minimum¹⁾. Bei Überschreitung dieser Grenze könnte also das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG wirksam werden. Die Betonung liegt bei diesen Überlegungen auf dem Gegensatz Staatsgewalt - gesellschaftlicher Selbstbestimmung.

Wittig²⁾ hat diese Problematik in einer Besprechung des verfassungsgerichtlichen Urteils zum Hamburger Deichordnungsgesetz erneut aufgezeigt und gemeint, womit er sicher Recht hat, daß das öffentliche Eigentum die Akzente vom einzelnen zum Gemeinwesen hin verschiebe. Indem der Landesgesetzgeber Sachsubstrate, die, wenn auch nur eingeschränkt, bisher dem Privatrecht unterstanden, durch die Einführung einer rein öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft, eines öffentlichen Eigentums, nunmehr allein

1) Vgl. zu diesem Gedanken Köttgen in BB 56/441 ff.

2) Wittig in DVBl. 69/680 (686).

dem öffentlichen Recht unterstellt, mindert er den Bestand der vorhandenen Privatrechte. Der Landesgesetzgeber verschiebt also die Grenze zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zum Nachteil des Privatrechts.

Damit aber mündet die Frage nach der Zulässigkeit des Instituts des öffentlichen Eigentums in die Problematik Staat - Einzelmensch, die die Problematik des gesamten öffentlichen Rechts ist. Im sozialen Rechtsstaat treten eben die Einzelinteressen immer wieder in Widerspruch zu den Allgemeininteressen. "Erforderlich ist ein ausgewogenes und sachgerechtes Verhältnis zwischen den Formen und Instituten des öffentlichen Rechts und den Formen und Instituten des Privatrechts"¹⁾.

Populär ausgedrückt, könnte davon gesprochen werden, daß dem Phänomen einer Flucht ins Privatrecht die "Gefräßigkeit des öffentlichen Rechts"²⁾ als den Rechtsstaat ähnlich bedrohend gegenübersteht.

Auf das öffentliche Eigentum bezogen, könnte ein Verfassungsverstoß und damit eine Verletzung des Homogenitätsgebotes durch das Land dann gegeben sein, wenn "rein quantitativ so viele Gegenstände in öffentliches Eigentum überführt werden, daß der für das Rechtsinstitut Privatrecht verbleibende Bereich wesentlich eingeschränkt erscheint"³⁾.

Ein solcher Fall ist bei dem öffentlichen Eigentum in den Hamburger gesetzlichen Regelungen nicht gegeben. Der Konflikt zwischen Staatsgewalt und Privat-

1) Wittig in DVBl.69/680 (686).

2) Bullinger in AÖR 88 (90).

3) Wittig a.a.O.

autonomie tritt bei der Schaffung eines länderspezifischen öffentlichen Sachenrechts nicht mit der Schärfe, wie z.B. auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, das Köttgen bei seinen Ausführungen im Auge hatte, auf. Gegen Wittig muß eingewandt werden, daß auch er sich zu stark von der Vorstellung beeinflussen läßt, daß mit dem öffentlichen Recht in jedem Fall hoheitliche Gewalt verbunden sein muß.

Im übrigen darf nicht übersehen werden, daß in Hamburg die Regelungen an bereits früher bestehende landesrechtliche Besonderheiten nicht nur auf dem Gebiet des Deichrechts, sondern auch auf dem des Straßen- und Wegerechts anknüpfen und in ihnen insoweit ein echtes Stück Föderalismus enthalten ist¹⁾.

Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Ergebnis bestätigt²⁾. Gegen das Hamburger Gesetz zur Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse³⁾ war eingewandt worden, daß die Einführung des öffentlichen Eigentums an den Hochwasserschutzanlagen deshalb verfassungswidrig sei, weil das für einen Bundesstaat notwendige Mindestmaß an Homogenität gesprengt werde, wenn ein Land, abweichend von einem feststehenden und vorgefundenen Eigentumsbegriff, einen neuen Eigentumsbegriff einführe. Dadurch werde außerdem die in Bund und Ländern einheitliche Auffassung von den öffentlichen Sachen zerstört, das Land durchbreche die Rechtseinheit. Diesen Bedenken ist das Gericht nicht gefolgt. Vielmehr hat es ausgeführt: "Die Einführung des öffentlichen Eigentums könnte allerdings dann verfassungsrechtlich bedenklich sein,

1) Wittig a.a.O.; zu den Besonderheiten vgl. unten S. 224 ff

2) BVerfG a.a.O., S. 35 = NJW 69/310.

3) Vgl. Anhang II.

wenn hierdurch eine für die Wirtschaft und Sozialordnung des Bundes und aller Glieder fundamentale und einheitlich geltende Rechtseinrichtung zerstört würde und die Auswirkungen nicht auf den Raum des Landes beschränkt blieben. So liegen die Dinge jedoch nicht".

Der zweite Aspekt, unter dem der Konflikt zwischen dem Landesgesetzgeber und dem Homogenitätsgebot gesehen werden könnte, ergibt sich aus der Institutsgarantie des Art.14 Abs.1 GG. Die Institutsgarantie verbietet es, "daß solche Sachbereiche der Privatrechtsordnung entzogen werden, die zum elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören, und damit der durch das Grundrecht geschützte Freiheitsbereich aufgehoben oder wesentlich geschmälert wird"¹⁾.

Ein solcher Fall liegt bei keinem der beiden Hamburger Gesetze vor.

Eigentum ist der umfassende Begriff für die vielfältig denkbaren sachenrechtlichen Beziehungen und Privateigentum nur eine denkbare Ausformung.

Konkret auf das Deichrecht bezogen, also auf § 4a HWG, hat das Verfassungsgericht ausgeführt: "Zunächst ist nicht ersichtlich, daß in dem hier maßgeblichen Bereich des Wasser- und Deichrechts im Hinblick auf die schon bisher unterschiedlichen Regelungen einen seiner Konstruktion und seinem Inhalt nach feststehenden Eigentumsbegriff gibt. Jedenfalls wird durch die Einführung des öffentlichen Eigentums

1) BVerfG a.a.O., S.34.

für Hochwasserschutzanlagen der Eigentumsbegriff des Privatrechts nicht gesprengt. Das öffentliche Eigentum in dem hier maßgeblichen Bereich besagt lediglich, daß die Hochwasserschutzanlagen für die Dauer ihrer Zweckbestimmung einer besonderen öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft unterliegen und deshalb dem Privatrecht entzogen sein sollen. Hört die Zweckbestimmung auf, so entsteht wieder Eigentum bürgerlichen Rechts. Von einem Mangel an Homogenität könnte also allenfalls für das Recht der öffentlichen Sachen gesprochen werden. Aber auch diese Abweichung von der in Bund und Ländern - von Ausnahmen abgesehen - überwiegend geltenden Ordnung kann aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht beanstandet werden¹⁾.

Dem ist nicht viel hinzuzufügen. Vielmehr wird Gleiches auch für das Straßen- und Wegerecht zu gelten haben, das ähnlichen Prinzipien unterliegt wie das Deichrecht.

2.4 Ergebnis

Durch das Homogenitätsgebot des Art.28 Abs.1 GG ist also der Landesgesetzgeber in seiner gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit, soweit das öffentliche Eigentum Gegenstand seiner Regelung ist, nicht beeinträchtigt. Er kann ein solches Institut im Rahmen einer eigenen Rechtsordnung für bestimmte öffentliche Sachen ungehindert durch das Homogenitätsgebot des Art.28 Abs.1 Satz 1 GG einführen.

1) BVerfG a.a.O., S.35/36 = NJW a.a.O., S.310.

3 Die kompetenzbeschränkende Funktion der
Verfassungsdirektiven und ihr Verhältnis
zur Gestaltungsfreiheit des Landesgesetz-
gebers

Verfassungsdirektiven bilden nach Lerche¹⁾ den Kern einer wirklich dirigierenden Verfassung. Er sagt über diese Gruppe von Begriffen: "Sie ist weniger sichtbar als die anderen; sie hat im Verfassungstext nur sporadischen Ausdruck gefunden. Aber sie ist von besonderer Kraft, und zwar gerade deshalb, weil es sich um eine formale Kraft handelt. Gemeint sind also nicht Direktiven, die sich in Richtung einzelner sachlicher Projekte entwickeln, sondern solche, die durchgehend formale Richtsätze darstellen, wie sie namentlich der modernen Produktion des Rechtsstaatsgedankens ... verdankt werden". Und er fährt fort, daß sie sich im föderativen Gebiet besonders in der Form der sog. Bundestreue fänden, die sich ebenfalls nicht an bestimmte Sachbezüge binde.

Diese Direktiven bilden Ermessensgrenzen, denn als durchgehende Rechtssätze grenzen sie ein und begleiten die gesetzgeberische Bewegung ständig²⁾.

Dieser Begriff der Verfassungsdirektive kann die Klammer bilden für die Erörterung der sich aus den Begriffen der Bundestreue und der Rechtseinheit ergebenden Schranken für den Landesgesetzgeber.

1) Vgl. seinen Aufsatz in AÖR 90/341 ff; hier S.369.

2) Ders.aaO S.370.

An beide Prinzipien wird von den Gegnern eines eigenständigen landesgesetzlichen öffentlichen Sachenrechts, insbesondere eines öffentlichen Eigentums, immer wieder appelliert. Sie sollen die gesetzgeberische Initiative und Phantasie der Länder bremsen und eingrenzen.

3.1 Der Verfassungssatz von der "Bundestreue"

Dem "Verfassungsgrundsatz der Bundestreue"¹⁾ kommt nicht nur in Konfliktsituationen des staatlichen Lebens, die aus dem Spannungsverhältnis der föderalen Glieder zueinander entstehen, Bedeutung zu, sondern es handelt sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der dem Wesen des Bundesstaates immanent ist und nicht aus einer bestimmten einzelnen Vorschrift des Grundgesetzes hergeleitet werden kann²⁾.

Das Bundesverfassungsgericht³⁾ hat diese Rolle umrissen: "Im deutschen Bundesstaat wird das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen dem Gesamtstaat und seinen Gliedern sowie das verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen den Gliedern durch den ungeschriebenen Verfassungssatz von der wechselseitigen Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten beherrscht". Und es fährt dann fort, hieraus ließen sich zusätzliche (zu den bereits normierten) Pflichten und Beschränkungen in der Ausübung von Kompetenzen ableiten.

1) So ausdrücklich BVerfGE 6/309 (361).

2) Vgl. Bayer Die Bundestreue S.40 ff; Mangoldt-Klein Art.20 S.590; Maunz-Dürig Art.20 Rdn.22 f; BVerfG aaO.

3) In E 12/205 (254 f) (Fernsehurteil).

Die Bindungswirkung manifestiert sich für Bund und Länder. Sowohl der Bund ist den Ländern gegenüber zur Bewahrung der Bundestreue verpflichtet, als auch die Länder dem Bund und die Länder untereinander¹⁾. In ihm kommt ein Prinzip allgemeiner gegenseitiger Rücksichtnahme zum Ausdruck, er schafft ein Partnerschaftsverhältnis²⁾.

3.11 Kritik Hesses an dem Begriff der Bundestreue

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, die an anderer Stelle erfolgte Ableitung des Verfassungssatzes³⁾ zu wiederholen.

Allerdings sah sich die Deduktion aus dem allgemeinen Staatsrecht und den Normen des Grundgesetzes starker Kritik insbesondere von Hesse ausgesetzt. Von letzterem ist vorgetragen worden, daß dem ungeschriebenen Verfassungssatz im heutigen deutschen Verfassungsrecht allgemein die Grundlage fehle, da die voll ausgeformte bundesstaatliche

1) Bayer aaO S.59; Geiger Vorbem.2 zu § 68 BVerfGG; BVerfGE 4/115 (140).

2) Dieses Gleichordnungsverhältnis zwischen Bund und Ländern läßt auch die Kritik Lerches (VVdStRL 21/88) an dem Wort 'Bundes-TREUE' verständlich erscheinen, denn diese Wortbildung hat in der Tat einen 'nibelungenhaften Beigeschmack'. Der 'Bundessinn' wäre eine adäquatere Umschreibung.
Vgl.auch Scheuner Konkordatsprozeß S.1645.

3) Vgl. dazu Bayer aaO S.27 ff.

Ordnung des Grundgesetzes keiner Ergänzung mehr bedürfe¹⁾.

Dagegen sei bemerkt, daß eine solche Ordnung wohl kaum denkbar ist, jedenfalls das GG kein Beispiel dafür ist. Jeder Bundesstaat bedarf gewisser Zusammenhaltsbegriffe, die sich aus dem Zusammenwirken der verschiedenen Elemente des Bundesstaates ergeben und Wirkung ausüben auf allen Ebenen des innerstaatlichen Lebens. Aus der Rangfolge der Normen des GG ergibt sich, daß nur solche ungeschriebenen Verfassungsgrundsätze, die zu einer Veränderung und Verschiebung der Kompetenzregelung führen würden, ausgeschlossen sind. Die Kompetenzverteilung als ein Kernstück der bundesstaatlichen Verfassung ist im GG ausdrücklich und abschließend geregelt.

Aufgabe gerade des Verfassungssatzes von der "Bundestreue" ist es, ausgleichend zu wirken und zu verhindern, daß der Bundesstaat bei Differenzen zwischen seinen Gliedstaaten zerbricht, da nur starre, in Normen gegossene Möglichkeiten zur Konfliktlösung gegeben sind. Er erfüllt eine Ausgleichsfunktion, die flexible Lösungen ermöglicht.

Bei dem Angriff Hesses gegen den Begriff der Bundestreue handelt es sich im Endeffekt um eine Konsequenz des von ihm vertretenen Begriffes des "unitarischen Bundesstaates"²⁾.

Vertritt man die Ansicht, daß in realiter die Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern heute keine föderalen Streitigkeiten mehr sind, sondern Auseinandersetzungen verschiedener oppositioneller politischer Gruppierungen, die sich, um eine Formadäquanz zu bewahren, nur das Mäntelchen der föderalen Streitigkeit umhängen, dann kann

1) So in "Bundesstaat", S.9, bes.auch Fußn.44.

2) Vgl. zum folgenden in "Bundesstaat", S.9 ff und Müller, Festschrift für Kiesinger, S.229.

man in der Tat die Funktion der Bundestreue für überflüssig halten. Voraussetzung für sie ist ja, daß eine echte, aus der föderalistischen Staatsform entspringende Meinungsverschiedenheit besteht.

3.12 Entgegnung

Es ist Hesse in dieser Interpretation nicht zu folgen.

Erstens wird jeder Bund-Länderstreit neben den möglicherweise vorhandenen politischen Elementen auch föderale Probleme des Partnerschaftsverhältnisses enthalten. Heinrich Triepel hat sich über diesen angeblichen Gegensatz zwischen "politischen" Streitigkeiten und Rechtsstreitigkeiten zwischen Reich und Ländern dahin geäußert¹⁾, daß diese Bereiche nicht zu trennen seien. Es bestehe zwischen Rechts- und politischen Streitigkeiten kein scharfer Gegensatz. Denn politisch sei alles, was sich auf den Staatszweck beziehe. Dabei gebe es viele Rechtsfragen, die gleichzeitig politische Fragen seien²⁾. Insoweit wird man auch heute diese Elemente nicht voneinander trennen können. Föderalismus bedeutet Vielfalt in der Einheit. Das föderalistische Prinzip im Rahmen des GG stellt ein Gebot an "Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung und Rechtsprechung" dar, "auf die Selbständigkeit eines Landes und auf die Besonderheiten eines Landes in landsmannschaftlicher, kultureller, wirtschaftlicher oder sonstiger Hinsicht Rücksicht zu nehmen ...". Dabei "muß mindestens in bestimmter Richtung eine selbständige politische Willensbildung der Glieder vorgesehen sein".³⁾

1) Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, S.15.

2) A.a.O., S.17.

3) Maunz-Dürig Rdn.20 zu Art.20.

Daher gehören verschiedene politische Konstellationen mit der Folge daraus resultierender Spannungen und Auseinandersetzungen geradezu zum Wesensmerkmal des Föderalismus. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Spannungsverhältnis in einer Entscheidung, die sich mit der verschiedenartigen Ausgestaltung des Wahlrechts befaßte, anerkannt und ausgeführt: "Das föderalistische Prinzip ... führt mit einer gewissen Notwendigkeit zu einer Verschiedenheit der Wahlrechtssysteme Dann aber können die Länder nicht verpflichtet sein", unterschiedliche Ergebnisse in Bund und anderen Ländern zu beachten und daraus Konsequenzen für ihr eigenes Wahlrecht zu ziehen¹⁾. Und an anderer Stelle hat das Gericht ausdrücklich vermerkt, daß ein föderalistischer Staat eine selbständige politische Willensbildung der Glieder voraussetze²⁾. Aus allem aber erhellt, daß schon Triepel zu Recht den Unterschied zwischen politischen und föderalen Streitigkeiten negierte.

Zweitens aber gibt es Gebiete, in denen die Divergenz zwischen den Gliedern sich nicht auf der politischen Ebene abspielt, sondern auch heute noch rein föderale Streitigkeiten auf der Ebene der Staatlichkeit sind³⁾.

1) BVerfG, Urt.v.3.Juni 1954 - L BvR 183/54 -
= BVerfGE 3/384 (400 f).

2) A.a.O., S.402.

3) In diesem Sinne kritisch Lerche a.a.O., S.89
Fußn.83 und Müller a.a.O., S.232. Im übrigen negiert auch Hesse den Begriff nicht völlig. Vielmehr meint er in "Grundzüge" (S.102), daß als "allgemeines Gebot der Zusammenarbeit von Bund und Ländern ... der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens eine 'immanente Verfassungsnorm'" sei (!)..

Daher bleibt es geradezu ein wesentliches Merkmal des föderalen Bundesstaates, daß in ihm zwischen den Ländern eine "Homogenität im Verfahren"¹⁾ besteht, die eine "Gleichgestimmtheit"²⁾ im Entstehungsverfahren garantieren soll.

3.13 Inhalt des Begriffes Bundestreue in
 seiner Bedeutung als Gleichgestimmtheit
 im Entstehungsverfahren

Die Bedeutung des ungeschriebenen Verfassungssatzes von der Bundestreue als einer Gleichgestimmtheit im Entstehungsverfahren ist auch durch das Bundesverfassungsgericht zum Ausdruck gebracht worden. Es sagt³⁾: "Es muß dem Einvernehmen von Bund und Ländern auf dem Boden der Gleichordnung überlassen bleiben, im Falle einer Spannungslage zwischen Bundes- und Landesinteressen einen tragbaren Ausgleich zu schaffen".

Das aber ist eine Bestätigung für die Aussage von Lerche⁴⁾: "Das Wichtige und Handfeste scheint mir zu sein, daß die Föderalstruktur alle lebendigen Gewalten in einen realen Status hineinzwingt, der mit einer vorläufigen Formel als 'Homogenität im Verfahren' bezeichnet werden mag". Dieser Klammerbegriff wird dann dem der Bundestreue bzw. dem des Bundessinns gleichgesetzt: "Ausschließlich von

1) Lerche aaO S.85.

2) Ders. aaO S.89.

3) BVerfGE 6/309 (362) = Konkordatsurteil).

4) aaO S.85 a.

diesem Verfahrensgedanken her sehe ich denn auch den Zusammenhaltsbegriff des Bundes, die sogenannte "Bundestreue ...".

Allerdings erscheint es sinnvoll, die Bedeutung der Bundestreue im Entstörungsverfahren abzugrenzen gegen den Einfluß im Stadium des Gesetzgebungsverfahrens. Für diesen Bereich ergeben sich ebenfalls gewisse Leitsätze, die für den Landesgesetzgeber verbindlich sind und die Ausdruck des föderalen Miteinanders sind. Diese Leitsätze interessieren unter dem Aspekt, ob sie den Landesgesetzgeber an der Schaffung eines eigenen Instituts des öffentlichen Eigentums hindern.

3.14 Die Bundestreue als Schranke des Handlungs- und Gestaltungsermessens des Landesgesetzgebers

Die Bundestreue setzt voraus, daß Gesamtstaat und Gliedstaaten sich darüber einig sind, auch im Rahmen der ihnen allein zugewiesenen Rechte und Befugnisse, also im Bereich ihrer eigenen Kompetenzen, den allgemeinen Interessen Rechnung zu tragen. Sie wendet sich also auch direkt an die gesetzgeberisch tätig werdende Instanz¹⁾. Dies bedeutet eine Selbstbeschränkung der Glieder, die sich notwendig aus der Entscheidung für den Bundesstaat ergibt.

Es gilt also zu klären, wie die sich aus der Bundestreue ergebende Schranke für das Gestaltungsermessen bzw.

1) Bayer a.a.O., S.52.

für die Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers aussieht.

Mit anderen Worten: Das Problem der Rechtswirkungen der Bundestreue spitzt sich zu auf die Frage nach dem Wirkungszusammenhang zwischen der Ausübung einer Kompetenz, der sich aus ihr ergebenden Rechte und Pflichten sowie des mit ihr gewährten Ermessens einerseits und der Pflicht von Bund und Ländern andererseits, den gemeinsamen Interessen Rechnung zu tragen¹⁾.

Auf unser konkretes Problem bezogen, lautet die Fragestellung: Ist der Landesgesetzgeber an der Schaffung eines eigenständigen Instituts des öffentlichen Eigentums durch die Bundestreue und die sich aus ihr ergebenden Folgerungen gehindert ?

3.15 Auswirkungen auf die Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers. Als Grenzkriterien kommen die Begriffe des Mißbrauchs und der Sogwirkung in Frage

Bei einem Konflikt zwischen Gliedern eines Bundesstaates handelt es sich meist um den Gegensatz zweier verschiedener, ja entgegengesetzter Prinzipien. Auf der einen Seite dem Recht des Landes auf Selbständigkeit und Beson-

1) So Bayer a.a.O., S.62; vgl. auch Maunz-Dürig Art.20 Rdn.22 im Anschluß an BVerfGE 4/115(140 ff). Da vorliegend nur die Auswirkungen auf das gesetzgeberische 'Gestaltungsermessen' interessieren, stellt sich nicht die Frage, ob aus der Koppelung des 'Handlungsermessens' mit der Bundestreue eine Kompetenzverschiebung resultiert (dazu vgl. Bayer a.a.O., S.70 f). Das wäre abzulehnen.

derheit und auf der anderen Seite dem Recht des Gesamtstaates auf Zusammenhalt

Eine Abgrenzung muß vorsichtig vorgenommen werden, da es sonst im Bereich des Gestaltungsermessens leicht zu einer Verschiebung der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes kommen kann. Im übrigen würden auch die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, dem bei Streitigkeiten ein Entscheidungsmonopol zukommt, über Gebühr mit politischem Gehalt aufgeladen. Daher ist es das Prinzip des Bundesverfassungsgerichts gewesen, in den Raum der gesetzgeberischen Freiheit nur mit äußerster Vorsicht einzugreifen. Nur dann könne es seine Zurückhaltung aufgeben, wenn sich die Verletzung äußerster Grenzen der Gesetzgebungsfreiheit feststellen ließe¹⁾.

Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lassen sich daher zwei Intensitätsgrade feststellen. Der erste Bereich kann umschrieben werden mit dem Begriff der Sogwirkung; der zweite durch den Begriff des offenen Mißbrauchs. Nur der offene Mißbrauch hat Nichtigkeit des betreffenden Landesgesetzes zur Folge.

Mit Sogwirkung wird der Vorgang umschrieben, daß die gesetzliche Regelung eines Landes auf den Bereich der Gesetzgebung anderer Länder ausstrahlt. Das Bundesverfassungsgericht hat gesagt, daß, blieben die Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung nicht auf den Raum des Landes begrenzt, der Landesgesetzgeber Rücksicht nehmen müsse auf die Interessen des Bundes und der anderen Länder²⁾.

1) BVerfGE 13/356(362).

2) So (auch zum folgenden) BVerfGE 14/115(140). Zuerst wurden diese Grenzen in E 3/52 ff (57) aufgezeigt.

Und weiter führt es aus: Gerade bei der Frage der Beamtenbesoldung müsse der Landesgesetzgeber im Auge behalten, daß hier Auswirkungen über die Grenzen des Landes hinaus entstehen könnten, da ja das Gesamtgefüge des Finanzwesens im Bundesstaat eine Art Klammer bilde, die durch das Finanzgebaren eines Landes, auch wenn ihm generell die Kompetenz gem. Art. 109 GG zustehen sollte, nicht gesprengt werden dürfe.

Dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist zuzustimmen. Begibt sich also der Landesgesetzgeber auf ein Gebiet, in dem der Zusammenhang mit den anderen Ländern besonders eng ist, also z. B. auf allen Gebieten des Haushaltsrechts, gebietet es die Bundestreue, besonders genau zu prüfen, welche Auswirkungen sich aus der landesgesetzlichen Regelung ergeben könnten im Verhältnis zum Bund und den anderen Ländern. Denn auf dem Gebiet des gesamtstaatlichen Finanzgefüges besteht eine besonders enge Interdependenz zwischen den Gliedern des Bundesstaates. Bei einer zu eigenwilligen Regelung könnte es sonst leicht passieren, daß ein Land seine eigene Kompetenz auf Kosten der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit eines anderen Landes ausweiten würde. Dies aber hätte wiederum zur Folge, daß die genau abgegrenzten Kompetenzbereiche verschoben würden.

Theoretisch wäre z. B. ein Fall denkbar, in dem ein Land die Besoldung für Lehrkräfte an Volksschulen verdoppelt im Verhältnis zum Nachbarland, um auf diese Weise seinen eigenen Fehlbestand an Lehrkräften auf Kosten des Nachbarlandes auszugleichen.

Im Falle einer solchen Regelung läge ein offener Mißbrauch vor mit der Folge der Unwirksamkeit des betreffenden

Landesgesetzes.

Diese Begrenzung der Nichtigkeitsfolge auf den Fall des offenen Mißbrauchs durch das Bundesverfassungsgericht entspricht dem Gehalt des Begriffes Bundestreue. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung zur Beamtenbesoldung festgestellt¹⁾: "Eine Rechtsschranke für die Gesetzgebungsbefugnis im Bundesstaat - für Bund und Länder - ergibt sich aus dem ungeschriebenen Verfassungssatz der Bundestreue". - "Ein Landesgesetz kann wegen Verletzung der aus dem Grundsatz der Bundestreue abzuleitenden Schranken nur dann als verfassungswidrig verworfen werden, wenn der Landesgesetzgeber seine Freiheit offenbar mißbraucht hat". In der Begründung zu dem zitierten Leitsatz führt das Gericht dann aus²⁾, "das Gericht müsse darum prüfen, ob das Land (in dem zu entscheidenden Fall handelte es sich um Nordrhein-Westfalen) gegen die Schranke, die die Bundestreue seiner Gesetzgebungsbefugnis setze, verstieße. Bei der Prüfung könne es sich allerdings nur um die Kontrolle der Einhaltung äußerster Grenzen handeln. Ein Verstoß liege nur bei offenbarem Mißbrauch vor".

Und es fährt dann fort³⁾, "der Umstand, daß das Gericht insofern nur die Einhaltung äußerster Grenzen nachprüfen könne, dürfe aber nicht zu Nachlässigkeiten der Länder führen. Auch die Länder müßten die Freiheit ihrer Entscheidung der Rücksicht auf das Gesamtwohl unterordnen."

Selbst wenn also möglicherweise Auswirkungen auf andere Länder nicht ausbleiben, so wäre dies allein noch kein Grund, aus dem Gesichtspunkt der Bundestreue Nichtigkeit des betreffenden Gesetzes anzunehmen. Eine Nichtigkeit

1) Leitsatz 4 a und c aus BVerfGE 4/115.

2) BVerfG aaO S.140

3) aaO S.141

ergibt sich vielmehr erst dann, wenn der Gesetzgeber seine gesetzgeberische Freiheit existenziellen und egoistischen Momenten offen läßt, was aber bedeutet Reduzierung auf Schikane.

Dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist zuzustimmen. Denn jede weitere Vermischung würde sich als eine Verschiebung der Kompetenzregelung des Grundgesetzes darstellen und die Rolle des Gerichts als Wächter der Verfassung hinausgehen.

Diese Beschränkung, die das Gericht sich auferlegt, bedeutet aber nicht, daß es den Inhalt des Begriffs Bundestreue auf eine "negative Mißkontrolle" reduziert. Und deshalb ist auch der richtig, daß es nicht nötig sei, auf das Ins-Bundestreue zurückzugreifen, es vielmehr genügt die Begriffe des Rechtsmißbrauchs oder das Fehlverhältnismäßigkeit zurückzugehen¹⁾.

Hier wird der Fehler gemacht, daß aus dem Verfassungsgericht herausgearbeiteten Präzisions-Nichtigkeitsschwelle zurückgeschlossen wird auf grundsätzliche Bedeutung des Begriffes. Dadurch die Bundestreue erst in der Mißbrauchszone zu justiziablem Rechtsbegriff²⁾ mit Nichtigkeitswert wird, wird er noch nicht überflüssig. Formen des Mißbrauchs von Macht gibt es auf den verschiedenen Ebenen, und es bedarf immer für "jede eigenständige Sachwelt der verdichtenden Zwischenformel"³⁾.

1) So aber Kaiser DöV 61/653(658); Hesse, BVerfGE 10, 323 f und ders. in Grundzüge, S.101 f, hier allerdings einschränkend.

2) Ob die Verletzung der Bundestreue eine Rechtsverletzung ist, vgl. Maunz-Dürig Art.20 Rdn.23.

3) Lücke a.a.O.

Im übrigen erschöpft sich die Wirkung der Bundestreue ja nicht in dieser negativen Mißbrauchskontrolle; vielmehr liegt die eigentliche Bedeutung auf dem Gebiet der Homogenität im Verfahren, der Verpflichtung, vor Erreichen einer Extremsituation eine Klärung herbeizuführen. Die Unwirksamkeit eines Gesetzes ist mehr Sanktion wegen der unterlassenen Verständigung.

Man kann also ein dynamisches Intensitätsgefälle konstatieren, als dessen äußerste Folge die Unwirksamkeit des Bundes- oder Landesgesetzes eintritt.

Die Bedeutung und die Begrenzung der Bundestreue im Sinne einer Homogenität im Verfahren, als eines Ausgleichsbegriffs, nicht eines Kollisionsbegriffs, ist im sogenannten Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts¹⁾ klar zum Ausdruck gekommen. Bei der Frage, ob sich für das Gestaltungsermessen des niedersächsischen Schulgesetzgebers eine Bindung und Beschränkung aus der vom Reich bzw. Bund eingegangenen Konkordatsvereinbarungen ergebe, entschied sich das Gericht gegen den Kollisionsbegriff (mit der Folge eines Eingreifens des Bundeszwangs über Art. 37 GG) und für den Ausgleichsbegriff.

Bayer²⁾ kritisiert an dieser Entscheidung, daß das Bundesverfassungsgericht den dem Prinzip der Bundestreue innewohnenden Rechtszwang verkenne, indem es zwar auf der einen Seite das Interesse an der Erfüllung von völkerrechtlichen Verträgen durch den Bund als legitim anerkenne, auf der anderen Seite aber die Länder nicht verfassungsrechtlich für verpflichtet erkläre, dem Rechnung zu tragen. Er sagt³⁾: "Die Kontinuität der Rechtsprechung

1) BVerfGE 6/309 ff.

2) Bayer, Bundestreue, S. 108.

3) A.a.O., S. 108.

des Bundesverfassungsgerichts zum Problem der Bundestreue erleidet mit dem Konkordatsurteil eine empfindliche Einbuße".

Gerade das Gegenteil ist der Fall. Hier hat das Gericht einen Schritt von der Auffassung der Bundestreue als einer Möglichkeit unter anderen zum Einsatz des Bundeszwangs gemäß Art.37 GG weg in Richtung einer Interpretation der Bundestreue als eines Ausgleichsbegriffs getan.

Wenn das Gericht meint, daß es dem Einvernehmen von Bund und Ländern auf dem Boden der Gleichordnung überlassen bleiben müsse, im Falle einer Spannungslage zwischen Bundes- und Länderinteressen einen tragbaren Ausgleich zu schaffen¹⁾, so bedeutet es nicht mangelnde Folgerichtigkeit, hieraus keinen Zwang abzuleiten, sondern vielmehr die Erhebung des Instituts der Bundestreue in einen neuen Status, der einen Schlüssel zu einem modernen Verständnis des Föderalismus darstellt²⁾.

In seiner ablehnenden Stellungnahme widerspricht sich Bayer selbst.

Erst hat er zur Abgrenzung des Gestaltungsermessens ausgeführt, daß, da die einzelnen Kompetenzvorschriften dieses Ermessen im Regelfall nicht eigens binden, die Bundestreue hier nur diejenigen Schranken ergänze, die der Betätigung des Bundes und der Länder durch andere, speziellere Normen, und zwar namentlich durch die Grundrechte, gezogen seien³⁾. Jetzt leitet er allein aus dem Grundsatz der Bundestreue eine Bindung des Landesgesetz-

1) A.a.O., S.369.

2) So Lerche a.a.O., vgl.oben S. 62 f

3) A.a.O., S.72.

gebers im Rahmen seiner ausschließlichen Zuständigkeit an einen völkerrechtlichen Vertrag des Bundes ab¹⁾.

Die Lösung der aufgezeigten Problematik liegt in der Definition der Bundestreue als einer Gleichgestimmtheit im Verfahren. Im Verhältnis der Eigenstaatlichkeit der Länder und der völkerrechtlichen Bindung des Bundes kann keines von beiden den Vorrang verlangen. Dabei bedeutet die Aufforderung der Bundestreue, einen Ausgleich zu finden, keineswegs eine Verständigung auf ein Gesamtinteresse. Was dem Ganzen dienlich sei, würde vielmehr ad hoc an Hand der Verfassung zu klären sein²⁾.

Das Wichtigste dabei aber ist, daß hierin "mehr als ein Appell zur Einigung, aber doch weniger als Zwang"³⁾ liege, eher eine Art von "Einigungslast". Lerche sieht in diesem Vorgang eine "stetig erneuerte Legitimation der Staatlichkeit" des Bundes⁴⁾.

Endlich ist ein Land in seiner Gestaltungsfreiheit auf dem Gebiet seiner Gesetzgebungshoheit auch nicht durch Bundesgesetze eingeschränkt, die eine gleiche oder ähnliche Materie regeln.

1) A.a.O., S.92 ff.

2) Lerche a.a.O., S.89 f.

3) Ders. a.a.O., S.90.

4) A.a.O. Auch der Hinweis auf den völkerrechtlichen Grundsatz des 'pacta sunt servanda' ergibt nichts anderes (vgl. z.B. Jahrreiß, Festschrift für Apelt, S.163). Denn aus diesem Satz folgt nicht, daß internationale Verträge, die nicht allgemeine Regeln des Völkerrechts darstellen, nicht durch späteres einfaches Bundesrecht ihrer innerstaatlichen Wirksamkeit beraubt werden können, da diese Regel eine völkerrechtliche, nicht aber innerstaatliche Bindung sicherstellen soll (vgl. dazu Berber, Völkerrecht I, S.100; auch Maunz-Dürig Art.25 Rdn.29).

Entscheidet sich der Bundesgesetzgeber im Bundesfernstraßengesetz für Privateigentum an dem Straßengrund, so gebietet diese Entscheidung auch auf Grund der Bundestreue dem Landesgesetzgeber nicht, in seinem Straßen- und Wegegesetz etwa ebenfalls Privateigentum zu statuieren. Dies würde auf eine Art Grundsatz- oder Mustergesetzgebung durch den Bund hinauslaufen und gegen die Kompetenzverteilung verstoßen¹⁾. Die Länder sind in ihrem Gesetzgebungsbereich frei und nicht gehalten, auf die Regelung gleicher Materien durch den Bund zu achten. Würde man eine solche Bindung bejahen, so würde dies einen Einbruch in die Sphäre der Gesetzgebungshoheit der Länder bedeuten.

Der Bund hat die hier beschriebenen Grenzen seiner Kompetenzen auch erkannt, und in einem Fall, der sich auf die Regelung des Eigentums im Wasserrecht bezieht, verzichtet er ausdrücklich darauf, den Landesgesetzgeber in einer bestimmten Richtung festzulegen²⁾. Der Bundesgesetzgeber führt in der Begründung aus: "Das Gesetz (gemeint ist hier das WHG) hat davon Abstand genommen, die Eigentumsverhältnisse an den Gewässern oder die Eigentumsgrenzen im Gewässerbett oder am Ufer zu regeln. ... Es ist nicht Aufgabe des Bundesgesetzgebers, im Rahmen des vorliegenden Gesetzes in diesen Fragen in das bestehende Landesrecht einzugreifen; die Ordnung dieser Rechtsfrage soll weiterhin der Landesgesetzgebung überlassen bleiben".

1) Vgl. Maunz-Dürig Art.70 Rdn.20 ff.

2) Vgl. Begründung zum WHG, Bundestagsdrucksache II/2072, S.20.

3.16 Ergebnis, bezogen auf das
öffentliche Eigentum

Das Ergebnis der Untersuchungen über die Einwirkungen des Begriffs der Bundestreue auf die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers kann bezüglich des öffentlichen Eigentums nur sein, daß die Bundestreue kein Hindernis darstellt.

Die Regelung des öffentlichen Eigentums greift nicht einmal in die Zone über, in der überhaupt eine Auswirkung auf das gesamt- oder gliedstaatliche Gefüge eintritt, so daß eine an den Mißbrauchstatbestand heranreichende Beeinflussung der anderen Bundesglieder nicht gegeben ist.

Die Bundestreue erfordert zwar eine "Gleichgestimmtheit im Entstörungsverfahren", nicht aber eine "zentrale Durchgestimmtheit wie im Einheitsstaat" oder eine "partielle Abgestimmtheit wie im bloßen Bündnis"¹⁾; sie ist kein Instrument zur Gleichschaltung und läßt im Prinzip den Bereich eigener staatlicher Betätigung der Länder unberührt²⁾.

Deshalb wird man auch nicht sagen können, daß die Einführung des neuen Eigentumsbegriffs die für einen Bundesstaat nötige Homogenität sprengt³⁾. Eine Auswir-

1) Lerche a.a.O., S.87.

2) Bayer a.a.O., S.73.

3) So aber Dürig in Maunz-Dürig Art.89 Rdn.19 Fußn.1 und VVDStRL 19/133.

kung in dem Sinne, daß andere Länder oder der Bund in ihrer gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit durch das Vorhandensein des Instituts des öffentlichen Eigentums in Hamburg eingeschränkt worden wären, ist nicht ersichtlich. Die hier vorhandene Ungleichheit wird vielmehr durch das föderative System gedeckt.

Im Bundesstaat liegt eine regionale Rechtsverschiedenheit geradezu im Wesen der Staatsorganisation, und die aus dem Prinzip sich ergebende Gefahr einer Differenzierung der gesetzgeberischen Lösungen in den einzelnen Ländern ist sozusagen "systemimmanent"¹⁾.

Daher reicht auch die Extravaganz der Regelung eines Landes allein nicht aus, um über den Verfassungssatz der Bundestreue zu einem Gebot einheitlicher Regelung zu kommen.

1) Vgl. Wengler JZ 65/135 f und ders. in Rechtsgleichheit, S.264 f.

3.2 Die Verfassungsdirektive 'Rechtseinheit',
insoweit sie sich unmittelbar aus dem
Grundgesetz ergibt

Die Gliedstaaten sind in der inhaltlichen Ausgestaltung ihrer Gesetzgebung an gewisse uniformierende Beschränkungen in der Bundesverfassung gebunden. Eine solche Beschränkung könnte sich möglicherweise aus einem ungeschriebenen Verfassungssatz des Inhalts ergeben, daß die Länder das Prinzip der Rechtseinheit im Bundesstaat zu wahren hätten.

Daher kann es durchaus möglich sein, daß das Prinzip der Rechtseinheit zu den von Lerche bezeichneten Verfassungsdirektiven gehört.

Im Hinblick auf die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern taucht die Frage auf, ob die Setzung von Verwaltungsrecht durch die Länder nicht zu einer Zersplitterung der Rechtseinheit nach Länderbereichen führen muß¹⁾.

Insbesondere bei dem Streit um die Regelungsbefugnis für die Urlaubsgesetze wurde immer wieder an die 'klassische' Rechtseinheit appelliert. Es wurde vor einer ressortmäßigen Zergliederung im modernen Verwaltungsstaat gewarnt und gesagt, daß der Ruf nach Rechtseinheit sich, da die klassische Rechtseinheit verwirklicht sei, an die Adresse des Verwaltungsrechts richte. Dies gelte insbesondere auch von der grundgesetzlichen Aufforderung zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit, die ihren Sinn gewandelt habe²⁾.

1) So v.d.Groeben auf dem 43. Juristentag D 25.

2) Vgl. Köttgen aaO.

Es wird zwar zugegeben, daß auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts die Vielfalt und die Notwendigkeit, den landesrechtlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen, gerechtfertigt sei, aber auch hier hätten die höheren Interessen der Rechtsvereinheitlichung eine begrenzende Bedeutung¹⁾.

Mit einem Schlagwort kann man sagen, daß man Angst hat vor der "Gefräßigkeit des öffentlichen Rechts"²⁾ und nach Wegen sucht, dieser Gefräßigkeit Einhalt zu gebieten. Bei diesem Versuch wird dann auf den Begriff der Rechtseinheit zurückgegriffen.

Auch hier stellt sich wieder, wie ähnlich schon bei allen anderen ungeschriebenen Bundeskompetenzen, das Problem, inwieweit über den Begriff der Rechtseinheit der Versuch gemacht wird, die verfassungsmäßig föderalistische Kompetenzverteilung zu beeinflussen³⁾.

1) Wiese RdArb 57/81 (86): "Die Länder sind gut beraten, wenn sie an diesem kostbaren Gut der privatrechtlichen Rechtseinheit nicht rütteln".

2) So Bullinger in VVDStRL 21/247.

3) Vgl. v.d.Groeben aaO, der mit Recht darauf hinweist, daß gerade die Aufforderung an die Länder zu gesetzgeberischer Askese unter Bezugnahme auf die Pflicht, die Rechtseinheit zu wahren, leicht als ein solcher Versuch angesehen werden kann.

3.21 Rechtseinheit als Ausdruck des modernen Strebens nach Gleichheit

Es wurde schon erwähnt¹⁾, daß Rechtseinheit und politische Einheit zwei voneinander in gewissem Maße abhängige Größen sind.

Dies zeigt sich auch heute wieder in dem Verhältnis der Bundesrepublik zur DDR. Die DDR versucht, die Rechtsordnung so abzuwandeln, daß man von einer Rechtseinheit in Gesamtdeutschland nicht mehr sprechen kann. Dabei ist Beweggrund nicht allein die ideologische Umschichtung, sondern auch der Versuch, die Zweistaatlichkeit zu legitimieren. Dies in dem Sinne, daß zwei Rechtsordnungen, zwei Rechtskreise, eben auch zwei Staaten bedeuten.

Aber der Wunsch nach Rechtseinheit im Sinne einer Gleichheit ergibt sich heute daneben aus dem soziologischen Wandel der Gesellschaft.

Vor allem aus dem Wunsch einer im erhöhten Maße mobilen Gesellschaft nach gleicher Regelung an jedem Ort folgt die fehlende Bereitschaft, um der Selbständigkeit der Länder willen deren Besonderheiten oder gar Nachteile in Kauf zu nehmen, die früher vorausgesetzt wurden und die heute noch in anderen Bundesstaaten selbstverständlich sind²⁾.

Es wird in diesem Sinne eine "Standardisierung des Rechts"³⁾ verlangt.

1) Siehe oben. 4 ff

2) So Scheuner in DöV 66/513 (517).

3) Vgl. Werner, Gutachten zum 43. Juristentag S.21.

In diesem Zusammenhang hat sich Schneider¹⁾ folgendermaßen geäußert: "Bismarck empfand, 'die belebende Reibung der 25 deutschen Zentren aneinander' als Vorzug. Die Gegenwart findet mehr Freude an geschmeidigem Gleichlauf der elf Teile. Rasche Querverbindungen, fugenloser Kunstbelag, genormte Fertigprodukte und rationalisierte - demnächst noch: automatisierte - Verfahrensabläufe sind dem durchschnittlichen Bundesbürger auch im Bereich der öffentlichen Verwaltung ein Bedürfnis".

Eine Verfassungsdirektive mit dem Inhalt, Rechtseinheit zu wahren, würde diesen soziologischen Tendenzen entgegenkommen.

Nicht verwechselt werden darf mit diesem Streben nach Gleichheit und Rechtseinheit die sich aus dem Rechtsstaatsgebot ergebende Forderung nach Klarheit und Übersichtlichkeit des positiven Rechts. Die Verschiedenheit des Rechts innerhalb des Bundesgebietes darf das Vertrautwerden der Betroffenen mit dem positiven Recht und dem jeweils maßgebenden Recht nicht in unerträglicher Weise erschweren.

1) In VVDStRL 19/1 (19), geäußert im Zusammenhang mit dem Problem 'Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat'.

3.22 Die Bedeutung des Begriffs Rechtseinheit
im Rahmen der Kompetenzverteilung
des Grundgesetzes

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß das Grundgesetz in seiner Tendenz sehr stark auf Rechtseinheit hin angelegt ist. Das zeigt sich einmal in der rechtsvereinheitlichenden Funktion der Art.123 ff GG, dann in der general-klauselartigen Fassung der Bedürfnisklausel des Art.72 Abs.2 GG¹⁾ und endlich in der Tatsache, daß dem Bund fraglos der Löwenanteil der Gesetzesmaterien zufällt.

Es wird sich aber zeigen, daß das Grundgesetz weder eine spezielle, selbständige, an eine bestimmte Instanz gerichtete Aufforderung zur Wahrung der Rechtseinheit enthält, noch eine ungeschriebene Verfassungsdirektive mit diesem Inhalt.

3.221 Der Streit um die Bedeutung des Art.72
Abs.2 GG im Verhältnis zu Art.125 GG

Symptomatisch für die Auseinandersetzung zwischen den Verfechtern einer Stärkung des Prinzips der Rechtseinheit und den strengen Föderalisten war die Diskussion über das Verhältnis zwischen der Überleitungsvorschrift des Art.125 GG und dem Art.72 Abs.2 GG²⁾.

1) Vgl. zu Art.72 Abs.2 Gruson "Die Bedürfniskompetenz".

2) Vgl. zu dieser Frage insbesondere den Bericht über die Weinheimer Tagung des Jahres 1950 in dem sog. 'Weinheimer Bericht'.

Die Entscheidung fiel in dieser Frage zugunsten der Rechtseinheit gegen die Anwendung des Filters des Art.72 Abs.2 GG auf die von Art.125 GG erfaßten Fälle¹⁾.

Die Befürworter einer Anwendung des Art.72 Abs.2 GG befürchteten eine zu große Stärkung der Zentralgewalt, falls Art.72 Abs.2 GG zur Anwendung käme²⁾. Diese Überlegungen konnten sich aber nicht durchsetzen, vielmehr sollte die Wirkung des Art.125 GG eine rechtsvereinheitlichende sein. Es hätte eine ungeheure Vielzahl von Einzelprüfungen erfolgen müssen. Eine Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung wäre die Folge der Anwendung des Art.72 Abs.2 GG gewesen³⁾.

Das Bundesverfassungsgericht⁴⁾ hat sehr richtig die aus einer solchen Anwendung resultierenden Gefahren gesehen. Es führte aus, daß Art.125 GG nur den Zweck haben konnte, einer Rechtszersplitterung vorzubeugen und für die Zukunft eine klare und eindeutige Regelung zu schaffen. Eine solche Regelung würde es aber nicht darstellen, wenn Art.72 Abs.2 GG herangezogen werden müßte. Es verneint daher klar und eindeutig die Anwendbarkeit des Art.72 Abs.2 GG im Rahmen des Art.125 GG.

1) So die h.M., z.B. Maunz-Dürig Art.125 Rdn.3, Bonner Kommentar Art.72 Anm.II/1; Mangoldt-Klein zu Art.125 Anm.2.

2) Referat Ringelmann, Weinheimer Bericht S.21.

3) Zinn a.a.O. S.53 ff (58); Maunz-Dürig a.a.O.

4) BVerfGE 1/283 (294 f).

Die Folge ist gewesen, daß eine große Anzahl von Gesetzen und Verordnungen en bloc Bundesrecht wurden, die sonst möglicherweise an der föderalistischen Sperre des Art.72 Abs.2 GG gescheitert wären.

3.222 Art.72 Abs.2 GG als unselbständige Norm
 im Rahmen der Kompetenzverteilung
 des Grundgesetzes

Verfassungsrechtlich kommt die fehlende Bereitschaft großer Teile der Bevölkerung, landesrechtliche Selbständigkeiten auf dem Gebiet der Gesetzgebung zu akzeptieren, darin zum Ausdruck, daß die in Art.72 Abs.2 Ziff.3 GG als Schranke der konkurrierenden Gesetzgebung gedachte "Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit" und "Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse" zuweilen mißverstanden werden als Weisung an den Bund, sich bestimmter Fragen anzunehmen¹⁾.

Hier handelt es sich in der Tat um ein Mißverständnis. Art.72 Abs.2 GG ist eine unselbständige Norm, die keine eigenständige Kompetenzzuweisung enthält. Weder enthält er eine Weisung an den Bund noch an ein Land, im Sinne der Wahrung der Rechtseinheit tätig zu werden außerhalb einer expliziten Kompetenzzuweisung im Rahmen der Art.74 und 75 GG²⁾. Die Annahme einer generellen Zuweisung würde dem Prinzip des föderalen Bundesstaates widersprechen.

1) Scheuner DöV 66/513 (517).

2) Was nicht bedeutet, daß es sich in Art.72 Abs.2 Nr.3 nur um ein statisches Moment handelt. Vielmehr enthält er ein dynamisches Element, richtig daher Gruson aaO S.48.

Es muß immer ein Fall des Art.74 oder 75 GG vorliegen. Diese Vorschriften enthalten die ausdrückliche Kompetenz-zuweisung, wobei Art.72 Abs.2 Ziff.1-3 Einschränkungen enthalten.

Da in den Art.74 und 75 GG dem Bund der Löwenanteil an der Gesetzesmaterie zugewiesen ist, ergibt es sich, daß sich die Aufforderung zur Wahrung der Rechtseinheit, die in Art.72 Abs.2 Ziff.3 zum Ausdruck kommt, in erster Linie an den Bund richtet. Er ist der Koordinator, dem im Rahmen des Art.72 Abs.2 mit Art. 74 und 75 GG die Rechtsinstitute bereitgestellt sind, deren er bedarf, um im Interesse einerseits des Zentralstaates und andererseits der Gliedstaaten den Interessenausgleich zu schaffen. Die ist eine traditionelle Aufgabe des Zentralstaates¹⁾.

Diese Unselbständigkeit des Art.72 Abs.2 Ziff.3 mag bedauert werden, aber es zeigt sich, daß im Rahmen der heute gültigen Kompetenzverteilung eine andere Auslegung nicht möglich ist.

Verglichen mit der Formulierung, die die Alliierten ursprünglich für den Art.72 Abs.2 Ziff.3 vorgeschlagen hatten, und die sie als authentische Interpretation des deutschen Textes ansehen, ist die Selbständigkeit der Aufgabe, die Rechtseinheit zu wahren, noch weit geringer als im heute gültigen deutschen Text. Denn im englischen Text heißt es: "Because the maintenance of legal or economic unity demands it in order to promote the economic interests of the Federation or to ensure reasonable equality of economic opportunity to all persons". Durch das "in order to" ist in der englischen Fassung die selbständige

1) Kötting in JÖR 3/66 (140).

Bedeutung der "Wahrung der Rechtseinheit" beseitigt, denn der in der deutschen Fassung mit "insbesondere" beginnende Nebensatz ist nur ein Beispiel, eine Hervorhebung wo hingegen durch das "in order to" eine feste Verbindung zwischen den Satzteilen geschaffen wird¹⁾. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß Art.72 Abs.2 Ziff.3 auch in der deutschen Fassung unselbständig bleibt.

Die Unselbständigkeit des Art.72.Abs.2, also der Bedürfnisklausel, wird auch vom Bundesverfassungsgericht betont. Es sagt z.B.²⁾, daß der Bundesgesetzgeber nicht darauf beschränkt sei, einer bereits bestehenden Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse durch seine Gesetzgebung nachzufolgen. Vielmehr könne es ihm nicht versagt bleiben, auf das ihm erwünscht erscheinende Maß an Einheitlichkeit im Sozialleben durch eigene Initiative hinzuwirken. Diese politische Vorentscheidung ist im Rahmen der Bedürfnisprüfung in Art.72 Abs.2 GG zu treffen. Die Kompetenz muß sich aus anderen Vorschriften ergeben. Denn nur wenn die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse sein eigenes Tätigwerden erfordere, so fährt das BVerfG aaO fort, dürfe der Gesetzgeber die Bedürfnisfrage bejahen³⁾. Und nur diese. In einem Gutachten zur Frage der Kompetenzverteilung im Baurecht⁴⁾ sagt es: "Das vielfach betonte Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung des gesamten Baurechts verleihe dem Bund nicht das Recht der Gesetzgebung, dieses Bedürfnis müsse vielmehr gemäß Art.72 Abs.2 GG hinzukommen,

1) Zur englischen Fassung vgl. in JÖR 1/1 (466) und Bonner Kommentar Art.72 Anm.II/3; Gruson aaO S.26 ff.

2) E 13/230 (233).

3) In diesem Sinne auch Gruson aaO S.50 f, der meint, S.50, Art.72 II Nr.3 laute eben nicht "Der Bund hat in diesem Bereich das Gesetzgebungsrecht ... zur Wahrung der Rechtseinheit". Vielmehr solle Art.72 ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung umschreiben.

4) BVerfG in NJW 54/1474 (1475).

wenn aus anderen Gründen die grundsätzliche Zuständigkeit des Bundes zu bejahen ist".

In diesen Äußerungen kommt ganz deutlich die säkularisierungsbedeutende Bedeutung des Art.72 Abs.2 GG zum Ausdruck¹⁾.

Es zeigt sich also, daß, selbst wenn dem Bund als Zentralstaat im Verhältnis zu den Gliedstaaten die Aufgabe zukommt, die Rechtseinheit zu wahren, er das in Deutschland nur im Rahmen seiner speziellen Kompetenzen kann²⁾.

Eine Verfassungsdirektive mit selbständiger Funktion und dem Inhalt, die Rechtseinheit herzustellen oder zu wahren, die sich an den Bund oder die Länder richtet, gibt es nicht.

Die Aufforderung an die Länder zu legislatorischer Askese aus dem Gedanken der Rechtseinheit heraus, muß daher als der Versuch einer Korrektur grundgesetzlicher Kompetenzverteilung angesehen werden³⁾.

1) Giese AÖR 80/212 (216).

2) Das BVerfG hat zwar in BVerfGE 28/285 (296) gesagt, daß es nicht zutreffe, daß das Interesse des Bundes an der Rechtseinheit nicht weiter reiche als seine Kompetenz, Bundesrecht zu setzen, denn "das Grundgesetz kennt nicht nur die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes nach Art.73 /74 GG, sondern - im Interesse der Förderung der Rechtseinheit - auch die Rahmengesetzgebungskompetenz". Aus diesem Satz ist aber nicht zu schließen, daß das BVerfG annimmt, es handle sich um eine selbständige Kompetenz. Denn auch ein Rahmengesetz ist Bundesrecht, soweit seine einheitliche Tendenz reicht.

3) v.d.Groeben 43.Juristentag D 25, der allerdings sagt: "könnte aber leicht als Versuch ...".

3.23 Die Folge des Fehlens einer allgemeinen
Zuständigkeit zur Wahrung der Rechtseinheit
für das Gebiet des öffentlichen Rechts

Die Unselbständigkeit des Art.72 Abs.2, und damit der Kompetenz zur Wahrung der Rechtseinheit, macht es schwierig, die Konsequenzen aus Köttgens Appell zu ziehen. Er sagt: "Der Ruf nach Rechtseinheit richtet sich, da die klassische Rechtseinheit verwirklicht ist, an die Adresse des Verwaltungsrechts, was insbesondere auch von der grundgesetzlichen Aufforderung zur "Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit" zu gelten habe. Diese Aufforderung zur Rechtseinheit habe ihren Sinn gewandelt¹⁾).

Es fehlt dem Bund, an den sich ja der Ruf in erster Linie richten müßte, an den Primärkompetenzen, über die er der Forderung nachkommen könnte.

Mag es auch so sein, daß die dem Zentralstaat anvertraute Rechtseinheit heute in erheblichem Umfang die vom klassischen Bundesstaat vorbehaltlos verneinte Verwaltungseinheit impliziert²⁾, so verfügt der Bund zumindest auf dem Gebiet der Gesetzgebung nicht über die geeigneten Kompetenzen.

Hier bietet sich nun den Ländern, ungehindert durch eine Bevormundung durch den Bund, die Möglichkeit, auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts individuelle Regelungen zu treffen. Hier zeigt sich ein echtes Moment föderaler Staatlichkeit. Deshalb darf in einem solchen Falle auch nicht von einer Extravaganz der Länder geredet werden und nach dem Bundesgesetzgeber gerufen werden.

1) Köttgen BB 56/441.

2) Ders. in JÖR 3/67 (72).

Mit Recht ist gesagt worden¹⁾, daß man sich im Rahmen des Föderalismus damit abfinden müsse, daß Gesetzesmaterien, in denen durch eine Rahmengesetzgebung eine gewisse Einheitlichkeit nicht gewahrt werden könne, vom Landesgesetzgeber in erheblicher Mannigfaltigkeit gestaltet werden könnten. Die Länder befänden sich bei der Ausübung einer solchen Gestaltungsfreiheit im guten Recht, und man müsse hinzufügen, daß sie in der gesetzgeberischen Behandlung einzelner Gebiete untereinander doch in verhältnismäßiger Übereinstimmung blieben.

Bezogen auf die Frage nach der Regelungsbefugnis für das öffentliche Eigentum ergibt sich also, daß aus dem Gesichtspunkt der Rechtseinheit keine Bedenken gegen die Hamburger Regelung abgeleitet werden können. Vielmehr steht es dem Hamburger Gesetzgeber offen, ob er eine individuelle und besondere Form des Eigentums, hier das öffentliche Eigentum, einführen will.

1) Scheuner DöV 60/601 (607).

3.24 Möglichkeiten, die Kompetenzen
 der Länder auf dem Gebiet des
 öffentlichen Rechts zu beschränken

Durch die Tatsache, daß sich ein Teil der gesetz-
geberischen Initiativen auf das Gebiet des öffentlichen
Rechts verlagert haben, und hier die Möglichkeiten
des Bundes, rechtsvereinheitlichend zu wirken, sehr
gering sind, stellt sich die Frage, welche Möglich-
keiten gegeben sind, um zu einer Vereinheitlichung
auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zu kommen.

3.241 Begriff des "Bürgerlichen Rechts"
 in Art.74 Ziff.1 GG

Bei der Frage nach den Grenzen des Gesetzgebungsrechts der Länder auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts muß beachtet werden, daß in den Bereich des "Bürgerlichen Rechts" im Sinne des Art.74 Ziff.1 GG und damit in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nicht nur rein privatrechtliche Materien fallen. Dieser Begriff ist kein Gegensatzbegriff zum "öffentlichen Recht".

Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Formulierung "Bürgerliches Recht" im erweiterten, kodifikationstechnischen Sinne zu verstehen ist und nicht "im Sinne des allgemeinen juristischen Sprachgebrauchs nur das auf dem Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Ergänzungsgesetzen beruhende, für alle Bürger geltende deutsche Privatrecht" gemeint ist.¹⁾

In den Motiven zum Grundgesetz finden sich keine Anhaltspunkte, aus denen sich Rückschlüsse auf die Vorstellungen des Verfassungsgebers in diesem Punkte ableiten ließen. Vielmehr wird mit Recht davon ausgegangen werden können, daß der Grundgesetzgeber den Begriff so übernommen hat, wie die Väter der WRV und der Verfassungsgeber der aRV ihn aufgefaßt hatten, nämlich im erweiterten kodifikationstechnischen Sinne²⁾.

"Das Sachgebiet "Bürgerliches Recht" ist weder im sachlichen - auf eine genaue Unterscheidung zum öffentlichen Recht abstellenden - noch im geschichtlichen - an den zu Ende des 19. Jahrhunderts herrschenden Vorstellun-

1) Mangoldt-Klein Anm.III 2 zu Art.74 GG, S.1529 f.

2) Ballerstedt-Salzwedel Gutachten, S.54.

gen über die materiell-rechtliche Abgrenzung dieser beiden großen Rechtsgebiete voneinander orientierten - Sinne zu verstehen, sondern im weiteren kodifikations-technischen Sinne, der das gesamte Bürgerliche Gesetzbuch mitumfaßt, auch soweit darin Bestimmungen öffentlich-rechtlichen Charakters zu finden sind"¹⁾.

Dabei bedarf es keiner weiteren Begründung, daß auch das EGBGB in den Katalogbegriff einzubeziehen ist, da ohne es das Bürgerliche Gesetzbuch nicht vollständig wäre.

Im Rahmen eines Gutachtens zum Stiftungsrecht haben Ballerstedt und Salzwedel sich mit dem Begriff in Art.74 Ziff.1 GG auseinandergesetzt. Sie haben drei mögliche Deutungen aufgezählt: "a) Der materielle Begriff des bürgerlichen Rechts stellt vor allem auf eine subtile Unterscheidung zum öffentlichen Recht ab, wie sie nach dem gegenwärtigen Stand der Verwaltungsrechtswissenschaft beurteilt werden muß.

b) Der historisch-materielle Begriff des bürgerlichen Rechts ist an den Vorstellungen zu orientieren, die gegen Ende des 19.Jahrhunderts für die materiell-rechtliche Abgrenzung der beiden Rechtskreise voneinander vorherrschend gewesen sind. ... Ferner könnte ein historischer Begriff des bürgerlichen Rechts auch dahin gefaßt werden, daß alles dazu gehören sollte, was einmal in das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 aufgenommen worden ist (historisch formaler Begriff).

c) Ein kodifikationstechnischer Begriff des bürgerlichen Rechts wäre so zu verstehen, daß darunter alle Rechtsnormen fallen, die in ihrer Gesamtheit auf die Bildung eines geschlossenen Systems von Rechtsfolgen im Ver-

1) Staudinger a.a.O. Anm.III 2 b S.1530.

hältnis gleichgeordneter Rechtspersonen zueinander ausgerichtet sind. Dazu gehören auch solche Rechtsnormen, die isoliert betrachtet, an sich materielle Verwaltungssachen regeln, aber letztlich doch nichts anderes als den Eintritt oder Wegfall einer rein privatrechtlichen Rechtsfolge ... betreffen und dabei zumindest primär an den Gedanken der Privatautonomie und der Sicherheit des Rechtsverkehrs ausgerichtet sind"¹⁾.

Das Ergebnis, das allein der kodifikationstechnische Begriff des Bürgerlichen Rechts in Art.74 Ziff.1 GG gemeint ist, wird bestätigt durch die Feststellungen, daß zum einen der gesetzgeberische Gestaltungsauftrag weitgehend auch die freie Entscheidung über das Einordnungsproblem umfaßt. Würde die Ansicht vertreten, es handele sich um den "materiellen" oder "historisch-materiellen" bzw. "historisch-formalen" Begriff, so wäre dem Gesetzgeber diese Möglichkeit teilweise genommen. "Für den Katalogbegriff des bürgerlichen Rechts in Art.74 Ziff.1 GG kann daher nur ein kodifikationstechnisch abgesteckter Begriffsinhalt maßgebend sein, der den Gesetzgeber allein daran hindert, materiell öffentlichrechtliche Fragen ohne Rücksicht auf fehlende Zuspitzung auf eine privatrechtliche Rechtsfolge oder fehlende privatrechts-politische Motivation künstlich zu privatisieren"²⁾. Des weiteren ist sicherlich richtig, daß "das Bürgerliche Gesetzbuch als Ganzes in den verfassungsrechtlichen Katalogbegriff des "bürgerlichen Rechts" einfügbar sein muß, nicht nur in seinen auch materiell privatrechtlichen Partien"³⁾.

1) Ballerstedt-Salzwedel Gutachten S.53.

2) Dieselben a.a.O. S.54.

3) Dieselben a.a.O. S.56.

Gegen einen solchermaßen definierten Begriff des "Bürgerlichen Rechts" in Art.74 Ziff.1 GG bestehen keine Bedenken, da der unmittelbare Bezug zu den im BGB geregelten Materien gegeben ist.

An dieser Stelle wird aber auch deutlich, welche Bedeutung dem in Art.55 EG niedergelegten Kodifikationsprinzip zukommen würde, wenn man annähme, daß die Kodifikationsklausel, definiert als "erweiternde Abgrenzungsnorm", weiterhin Rechtswirksamkeit für sich beanspruchen würde und darüber hinaus beachtet, daß Art.55 EG im "historisch-materiellen", also retrospektiven Sinne zu interpretieren sein soll¹⁾. Dann nämlich würde die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis des Bundes über den durch den kodifikationstechnischen Begriff des Bürgerlichen Rechts gedeckten Bereich, also die Befugnis, die nach privatrechtspolitischen Gesichtspunkten enumerierten Voraussetzungen des Eintritts oder Wegfalls einer privatrechtlichen Rechtsfolge, auch wenn sie eigentlich dem öffentlichen Recht angehören, zu regeln, hinausgehen.²⁾ Das aber würde, wie dargelegt, der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung widersprechen³⁾.

1) Vgl. Palandt Anm.1 zu Art.55 EGBGB;
Ballerstedt-Salzwedel Gutachten S.53.

2) Vgl. oben Seite 102

3) In einem solchen Fall könnte möglicherweise die Frage auftauchen, ob dann nicht Art.74 Ziff.1 GG eine verfassungswidrige Verfassungsnorm wäre. Vgl.dazu Bachhof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, insbes. S. 36 ff.

3.242 Selbstbeschränkung der Länder
 und Erweiterung der Kompetenzen
 des Bundes

Eine Möglichkeit liegt in der Selbstbeschränkung der Länder. Gerade auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts sind sich auch die Länder darüber im klaren, daß es für die Ausbildung von Besonderheiten Grenzen gibt und daß die gemeinsamen Grundlagen des Verwaltungsrechts nicht aufgegeben werden dürfen¹⁾. Die Länder sind daher in Koordinierungsgremien, wie z.B. der Kultusministerkonferenz zusammengekommen, und haben gemeinsam Grundsatzgesetzentwürfe erarbeitet. Gegen eine sogenannte "koordinierte Ländergesetzgebung" bestehen auch keine Bedenken. Ja, man könnte sogar mit einem gewissen Recht den Begriff von der "föderalistischen Gesetzgebung" gebrauchen²⁾.

Bedenken gegen diese Art der Zusammenarbeit können nur dann geltend gemacht werden, wenn es sich bei diesen Gremien um Beschlußgremien handeln würde, da hier eine Kompetenzverschiebung vorliegen würde. Diese Gremien werden nur zulässig sein für Abstimmungen im Verfahren und als Diskussionsgremien³⁾. Es

1) So warnend Scheuner a.a.O. S.608.

2) Begriff bei Ule 43. Deutscher Juristentag D 69.

3) Scheuner DöV 66/513 (517) und 60/601 (609),
in diesem Sinne auch Kölbl NJW 62/1081 ff.

ist also den Ländern selbst die Möglichkeit an die Hand gegeben, die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse in selbständigen Absprachen zu schaffen¹⁾.

Ist es im Rahmen des föderalen Bundesstaates also den Ländern gestattet, durch gemeinsame Gremien Mustergesetzentwürfe ausarbeiten zu lassen, so muß dem Bund im Verhältnis zu den Ländern auf Gebieten, auf denen den Ländern die alleinige Kompetenz zusteht, dieses Recht abgesprochen werden. Denn die Versuchung läge für den Bund zu nahe, über diese Mustergesetzentwürfe zu versuchen, einen Druck auf die Länder in seinem Sinne auszuüben. Ebensowenig ist eine "subsidiäre Gesetzgebung" zulässig²⁾.

Als Möglichkeit bleibt für den Bund also nur, eine Grundgesetzänderung herbeizuführen.

Diese Überlegungen sind in der Tat auf dem 43.Deutschen Juristentag angestellt worden. Es wurde verhandelt über das allgemeine Verwaltungsrecht, insbesondere das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht, und der Vorschlag gemacht, ähnlich wie in der österreichischen Verfassung, eine Kompetenz für diese Materien im Wege der Grundgesetzänderung einzuführen. Dies allerdings nur für das allgemeine Verwaltungs-

1) Wengler JZ 65/135 (136 Fußn.1).

2) Vgl. Maunz-Dürig Art.70 Rdn.19 ff, anders Bonner Kommentar Art.72 Anm.III a.E.

verfahrensrecht¹⁾).

Ebenfalls wurde erörtert, ob eine Zwischenlösung in dem Sinne gefunden werden könne, daß einzelne Teile des materiellen Verwaltungsrechts gezielt durch Bundesgesetz geregelt werden, so z.B. die Frage der Nichtigkeit und (oder) Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten.

Bei diesen Überlegungen muß aber gefragt werden, ob in dem Fehlen einer Regelungskompetenz auf diesen Gebieten für den Bund nicht eine Grundentscheidung des Grundgesetzes zu sehen ist, die in der Aufteilung der Kompetenzen ihre Wurzeln hat. Man wird sagen können, daß es sich im Falle einer solchen Grundgesetzänderung nicht nur um eine Änderung, sondern um eine Umbildung der Struktur des Grundgesetzes handeln würde. Dabei würde man gefährlich nahe an den Bereich der inneren Organisation der Länder herankommen und damit in die Nähe des Art.79 GG²⁾. Ein solcher Preis wird kaum für die Einheitlichkeit der Regelung des Verwaltungsverfahrens gezahlt werden dürfen.

In diesem Zusammenhang weist Spanner darauf hin³⁾, daß die Bezugnahme auf die österreichische Regelung weitgehend versage, weil dort der bundesstaatliche Aufbau viel schwächer sei als in der Bundesrepublik. Ebenso stellt Imboden⁴⁾

1) Gefordert hat eine solche Kompetenz insbesondere Ule, 43. Deutscher Juristentag Bd.II D 69 für die Ausführung von Gesetzen durch die Länder (vgl.dazu auch Ule DVBl. 60/609 (616)). In die österreichische Verfassung ist durch eine Novelle aus dem Jahre 1925 (BGBl.268/1925) der diesbezügliche Art.11 eingeführt worden.

2) Vgl. Schmitt-Lehrmann aaO D 109 und vor allem Spanner aaO S 134.

3) aaO Gutachten Bd.I S.49.

4) Imboden VVDStRL 17/213.

für die Schweiz fest, daß es als föderalistisch für untragbar angesehen würde, wenn das Verwaltungsverfahren auch in den den Kantonen überlassenen Angelegenheiten durch Bundesgesetz geregelt würde.

Spanner meint, daß eine solche Regelung "für den Föderalismus außerordentlich gefährlich wäre; denn eine solche Bundeskompetenz könnte sich auswirken ... als ein Hintertürchen von Scheunentorgröße, durch das der Bund dann in die Zuständigkeit der Länder eindringen wird"¹⁾.

Es bleibt also festzuhalten, daß eine Kompetenz des Bundes für den Teilbereich des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts oder überhaupt des allgemeinen Verwaltungsrechts nur über eine Grundgesetzänderung geschaffen werden könnte. Daß eine solche Tendenz aus dem Bestreben resultiert, gerade den Einfluß des Bundes auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zu stärken, ist einsichtig. Jedoch muß bei allem Interesse an einer Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrens und einer Übereinstimmung der Definition der Grundelemente des allgemeinen Verwaltungsrechts beachtet werden, daß eine solche Änderung die Grundstruktur unserer Verfassung verändern würde. So groß aber ist das Bedürfnis nach Einheitlichkeit nicht, daß es einen grundlegenden Eingriff in die Struktur des Grundgesetzes rechtfertigen würde²⁾.

1) A.a.O. Spanner D 134.

2) Ebenso ist es abzulehnen, aus den Art.83 ff GG eine Kompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrensrechts abzuleiten. Vgl. Maunz-Dürig Art.83 Rdn.9 ff; Spanner a.a.O. Gutachten 43. Deutscher Juristentag S.28 und 48 ff; Bettermann VVDStRL 17/118 (156 ff); auch Haas AÖR 80/87.

3.25 Ergebnis

Das Grundgesetz enthält keine Verfassungsdirektive, die die Länder verpflichtet, auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts im Rahmen ihrer Kompetenz die Rechtseinheit zu bewahren.

Auf das Institut des öffentlichen Eigentums im Hamburger Straßen- und Wegegesetz bezogen, heißt dies, daß es dem Land Hamburg nicht aus einem übergeordneten Prinzip der Rechtseinheit heraus verwehrt ist, eine solche Regelung zu treffen.

4 Die Bindung des Landesgesetzgebers an den Gleichheitssatz in Art.3 GG

Aus der Grundrechtsgebundenheit der Länder ergibt sich die Forderung, daß die Länder im Rahmen ihrer Gesetzgebungskompetenzen sich an die grundrechtlichen Prinzipien der Art.1 ff GG zu halten haben. Insbesondere im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit ist der Landesgesetzgeber an den Gleichheitssatz des Art.3 Abs.1 GG gebunden. "Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, die ihm Art.3 Abs.1 GG beläßt, besteht in erster Linie darin, aus der Vielzahl der Lebenssachverhalte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Gleich- und Ungleichbehandlung maßgeblich sein sollen"¹⁾.

Im Rahmen der Auswahl der maßgeblichen Prinzipien stellt sich die Frage, ob die Forderung nach Rechtseinheit getragen wird durch den Gleichheitssatz des Art.3 Abs.1 GG. Mit anderen Worten: Ergibt sich aus dem Gleichheitssatz für den Landesgesetzgeber ein Normierungsgebot, die Prinzipien der Rechtseinheit zu wahren? Man kann insoweit auch von einem "Rechtssog" des Gleichheitssatzes in Richtung auf die Rechtseinheit hin sprechen²⁾.

Die Problematik ergibt sich hier aus dem Recht der Länder, im Rahmen des föderalistischen Bundesstaates individuelle Regelungen treffen zu dürfen, und dem Recht des Bürgers auf der anderen Seite, Gleichbehandlung in allen Bereichen des Bundesstaates verlangen zu können. Daher wird immer wieder der Angriff des Bürgers gegen landesgesetzliche Regelungen damit begründet, daß die Regelung

1) So BVerfG JZ 65/134 (135) = E 17/381 (388).

2) Dürig in VVDStRL 19/133.

des betreffenden Landes unter Verstoß gegen den Gleichheitssatz von der Regelung eines anderen Landes abweiche.

Grundsätzlich ist anerkannt, daß verschiedene Regelungen des gleichen Sachverhalts vor Art.3 Abs.1 GG Bestand haben können, wenn sachliche Erwägungen für jede dieser Regelungen sprechen¹⁾.

"Vor allem aber wird eine unterschiedliche Ausgestaltung des Rechts durch die Gliedstaaten im Rahmen ihrer Zuständigkeit, wenn das Bedürfnis nach Einheitlichkeit in solchen Fällen nicht ausdrücklich Anlaß für die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers ist, nicht als Verstoß gegen die Gleichheit betrachtet, weil die Ungleichheit in der staatlichen Organisationsform selbst begründet ist. Mit der Zuweisung dieser Materie an die Gliedstaaten hat der Verfassungsgeber des Bundesstaates selbst eine verneinende Antwort auf die Frage gegeben, ob wegen des Gleichheitsprinzips Uniformität der Gesetzgebung ... notwendig sei"²⁾.

Diese Art der Betrachtungsweise ist auch vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden.

Grundlegend hat das Gericht dies festgelegt im Streit um die Pflichtmitgliedschaft in der bayrischen Ärztes^eversorgung³⁾. In dieser Klage war geltend gemacht worden, daß

1) BVerfG aaO S.388.

2) So Wengler in "Hundert Jahre deutsches Rechtsleben" S.276; auch Gruson aaO S.53.

3) BVerfGE 10/354 (371); auf diese Entscheidung wird immer wieder Bezug genommen, so in E 12/139 (143), E 12/319 (324) und E 17/319 (331).

der grundgesetzliche Gleichheitssatz die Länder im Sinne einer Rechtseinheit binde. Dazu führte das Gericht aus, daß eine Ungleichbehandlung der bayerischen Ärzte, verglichen mit anderen Ländern, gegenüber dem bayerischen Gesetzgeber nicht geltend gemacht werden könne, denn der Gesetzgeber sei nur verpflichtet, in seinem Herrschaftsreich den Gleichheitssatz zu wahren, soweit er ein sonst einwandfreies Gesetz erlassen habe, hänge die Zulässigkeit seiner Regelung nicht davon ab, daß andere Gesetzgeber eine gleichartige Regelung nicht getroffen hätten.

Bestätigt hat diese Rechtsprechung das Bundesverfassungsgericht dann in dem Streit um die baden-württembergischen Gemeindegerichte¹⁾: "Auch war der Bundesgesetzgeber nach dem allgemeinen Gleichheitssatz nicht gehalten, im Interesse der Rechtseinheit im Bundesgebiet die im § 14 Nr.2 GVG überkommene Zulassung landesrechtlicher Gemeindegerichte zu beseitigen".

Auch anlässlich des Streites um die Kompetenzen im Wasserrecht wurde der Grundsatz der Einheitlichkeit der Regelung nur in einem einzelnen Land nochmal wiederholt. Wichtig sei, daß in jedem Land ein einheitliches Wasserrecht vorhanden sei, wogegen eine bundesrechtliche Teilregelung auf diesem Gebiet eben diese kleine Einheitlichkeit nicht zugunsten einer bundesrechtlichen Rechtseinheit für Teilgebiete zerstören dürfe²⁾.

Endlich hat das Bundesverfassungsgericht für das Gebiet der ausführenden Verwaltung betont³⁾, daß eine Regelung durch Verwaltungsakt des Bundes auf Gebieten,

1) BVerfGE 14/56 (75).

2) BVerfGE 15/1 (22), ebenso in E 16/6 (24 f).

3) E 11/6 (17 ff).

die nicht zur bundeseigenen Verwaltung gehörten, nicht etwa aus dem Grundsatz einer Einheitlichkeit gerechtfertigt sei, sondern daß gemäß Art. 86 ff GG dies nur in Ausnahmefällen möglich sei, im Grundgesetz jedenfalls keine stillschweigende Ermächtigung in dieser Richtung zu sehen sei.

Mit der Berufung auf den Gleichheitssatz wird die Regelung des Hamburger Gesetzgebers also nicht angegriffen werden können. Rein sachliche Überlegungen haben ihn dazu bewogen, das Institut des öffentlichen Eigentums einzuführen. Von dem betroffenen Bürger wird ihm weder Willkürlichkeit noch Unsachgemäßheit vorgeworfen werden können. Nur aus der Rechtsform ergeben sich für ihn keine gravierenden Nachteile.

Auch die anderen Länder aber oder der Bund können sich schon deshalb nicht auf den Gleichheitssatz berufen, weil sie nicht Träger von Grundrechten sein können.

So bleibt als Bindung der Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers im Verhältnis zu Bund und Ländern nur das Prinzip der Bundestreue. Eine darüber hinausgehende uniformierende Beschränkung der Gliedstaaten auf dem Gebiet ihrer Kompetenzen läßt sich nicht nachweisen.

Z w e i t e r T e i l :

Konstruktion des öffentlichen Eigentums

1. Öffentliches Eigentum als Begriff

Bei der Frage, ob es zulässig ist, den Begriff des öffentlichen Eigentums einzuführen, ist zu unterscheiden, zwischen der "Möglichkeit" eines Begriffs und dem Inhalt des als möglich anerkannten Begriffs.

Dabei ist die erste Frage relativ leicht zu beantworten. Denn von einem Begriff muß allein gefordert werden, daß er möglich sei. Das ist er dann, wenn er sich nicht widerspricht. In diesem Sinne kann die "Möglichkeit" des Begriffs öffentliches Eigentum nicht geleugnet werden¹⁾.

Diese "Möglichkeit" besteht unabhängig von irgendwelchen Definitionen oder Umschreibungen, die sich immer nur auf den jeweiligen Gehalt des Begriffs in einem bestimmten Rahmen beziehen. Die Möglichkeit des Begriffs öffentliches Eigentum bedeutet nicht, daß hier auch ein lebensfähiges Rechtsinstitut vorliegt. Auch wenn ein Begriff möglich ist, kann es sich nichtsdestoweniger um einen leeren Begriff handeln. "Von der logischen Möglichkeit des Begriffs darf man nicht auf die reale Möglichkeit der Dinge schließen"²⁾.

1) Friedrichs AÖR 40/257 (308).

2) Ders.a.a.O.

Der Begriff ist eine Denkform, aus der für den Inhalt nichts gewonnen werden kann¹⁾. Mit anderen Worten: Es handelt sich bei dem Begriff Eigentum um eine Hülse, die kraft des Rechtes, Normen zu setzen, vom Gesetzgeber ausgefüllt werden kann und ausgefüllt werden muß²⁾. Es steht insoweit der juristischen Begriffsbildung frei, einen bestimmten Bedeutungsinhalt mit einer Bezeichnung zu verbinden³⁾.

Die logische Möglichkeit eines Begriffs hat also nichts mit der Frage zu tun, ob seine Einführung sinnvoll ist. Die Einführung eines neuen Begriffs und einer durch diesen Begriff abgegrenzten und bestimmten neuen Disziplin ist keine durch Logik geforderte Besinnung, sondern eine durch die Zweckmäßigkeit verlangte Entscheidung. Der neue Begriff und das Arbeiten mit ihm rechtfertigt sich in demselben Maße, in dem eine sich der wissenschaftlichen Beobachtung aufdrängende Erscheinung auf der einen Seite einer wissenschaftlichen Klärung zugänglich gemacht wird und auf der anderen Seite eine fruchtbare Abgrenzung und Einordnung in das Gesamtbild der wissenschaftlich beobachteten Erscheinung erfährt. Ersteres wird mit Relevanz, letzteres mit Adäquanz umschrieben⁴⁾.

1) Staudinger BGB 11.Aufl. Bd.3 S.348 Anm.1.

2) So Thieme in VVDStRL 21/249.

3) Wörtlich Maunz in Hauptprobleme S.74.

4) Vgl. zu der Formulierung bei Erler Grundprobleme S.1.

1.1 Ist der Begriff Eigentum okkupiert
durch die bürgerlich-rechtliche
Regelung der §§ 903 ff BGB

Die Frage stellen, heißt sie verneinen. Eigentum ist kein Begriff des Privatrechts, sondern ein Begriff der allgemeinen Rechtslehre und -theorie und als solcher eine Art Oberbegriff¹⁾. Da der Begriff Eigentum als solcher neutral ist, und aus dem Begriff, wie dargelegt, nichts für den Inhalt des Rechtes Eigentum folgt, stellen die §§ 903 ff BGB eine mögliche Ausgestaltung des Begriffs dar.

Seine Ausgestaltung richtet sich nach der jeweiligen Rechtsordnung; erst durch diese Ausgestaltung wird der reine Begriff zum identifizierbaren Rechtsbegriff.

Der Begriff des Eigentums im bisherigen Rechtssinne stellt sich dar als eine Bezugsgröße im Rahmen einer auf Privatautonomie aufgebauten Rechtsordnung, deren Voraussetzung es ist, daß dem einzelnen ein Stück der Gütermenge zu alleiniger Verfügung steht. Mit anderen Worten: "Der Begriff des Eigentümers (und damit des Eigentums) stellt ein notwendiges, konstruktives Element jeder auf der Privatautonomie aufbauenden Rechtsordnung dar, der seinen materiellen Gehalt aus der jeweiligen Rechtsordnung, in der er verankert ist, erhält²⁾.

1) Dazu Bettermann in VVDStRL 21/244 und Stern in AÖR 84 /137 (163), anders Peters Verwaltungsrecht S.209, Fußn.1, der meint, nicht nur der Begriff, auch der Inhalt sei vorgegeben.

2) Staudinger BGB 11.Aufl. Vorbem. zu § 903 Rdn.1 und Ferid Studien S.13.

Der Rechtsbegriff Eigentum ist also durch die §§ 903 ff BGB nur insoweit okkupiert, als er im Rahmen des zivilrechtlichen Sachenrechts gebraucht wird und Ausdruck der beschriebenen Verhältnisse ist.

Insoweit ist er auch nicht mehr "notwendig inhaltlos und rein formal"¹⁾, denn seine Rolle als konstruktives Element einer kapitalistischen Eigentumsordnung beinhaltet bereits eine Festlegung.

Denn wenn ich sage, daß der Begriff des Eigentums ein notwendiges, konstruktives Element jeder auf der Privatautonomie aufbauenden Rechtsordnung ist, dann stelle ich den Begriff bereits in ein Koordinatenkreuz; nur ich fixiere seinen endgültigen Standort noch nicht.

Die Behauptung, daß der Begriff des Eigentums durch die Regelung der §§ 903 ff BGB okkupiert sei, ergibt sich wohl auch weniger aus der Ansicht, seine inhaltliche Regelung sei endgültig festgelegt, als vielmehr aus der Befürchtung, die Verwendung dieses Begriffs, der meist in einem bestimmten Sinne gebraucht wird, könne zu Verwechslungen führen²⁾.

Die Möglichkeit einer solchen Verwechslung soll nicht geleugnet werden. Aber bei jedem neuen Begriff besteht am Anfang Unsicherheit bezüglich seiner Bedeutung, die sich aber mit der Zeit geben wird. Im übrigen resultiert diese Unsicherheit in der Regel weniger aus der Identität des gebrauchten Wortes als vielmehr aus der Tatsache, daß z.B.

1) So Ferid aaO.

2) So z.B. Spanner in Gutachten aaO S.22 f und Köttgen in VVDStRL 21/253; es schwingt eine individualistische Komponente mit.

ein und dasselbe Lebensverhältnis seine rechtliche Bearbeitung sowohl durch das öffentliche Recht als auch durch das Privatrecht erfährt. Diese rechtliche Bearbeitung "begründet notwendig ein Wechselverhältnis, ja vielfach eine Verwechslung beider"¹⁾. Aus der Gefahr einer solchen Verwechslung kann aber nicht auf die Unbrauchbarkeit des Begriffs geschlossen werden.

Es liegt also keine ausschließliche Okkupation des Begriffs durch das BGB vor. Einer Entlehnung²⁾ des Begriffs Eigentum durch das öffentliche Recht steht also das BGB nicht entgegen.

1.2 Die Abhängigkeit des Begriffsinhalts von den jeweiligen gesellschaftlichen Gegebenheiten

Auch die Definition des Rechtsinstituts Eigentum durch die §§ 903 ff BGB ist keine endgültige. Auch sie unterliegt dem Wandel der sozialen Umwelt; die Ausdeutung des Begriffs ändert sich.

Daher verändert sich die Fixierung des Begriffsinhalts nicht nur in dem jeweiligen Koordinatensystem, sondern auch das Koordinatensystem selbst ändert sich.

1) So Haenel Staatsrecht S.156: Im übrigen gilt diese Befürchtung ebenso für den Begriff der 'Sache', der ja heute ohne weiteres im öffentlichen Recht gebraucht wird und dabei einen anderen Inhalt bekommen hat.

2) Vgl. Giacometti Allgemeine Lehren S.129.

Die Definition des Begriffs Eigentum, so wie sie im BGB erfolgt ist, ist Ausdruck einer bestimmten gesellschaftlichen Situation. "Die großen Kodifikationen des bürgerlichen Rechts ... wirkten aber auch als ausgewogene, und zwar trockene, aber klar und präzise formulierte Festlegung der Anschauungen des bürgerlichen Zeitalters von einer gerechten Privatrechtsordnung ..." ¹⁾.

Die Realitäten haben sich seit jener Zeit grundlegend verändert. Und selbst wenn man nicht verkennt, daß in dem Eigentumsbegriff des BGB eine gewisse Dynamik angelegt ist, wird man nicht darum herumkommen, für gewisse Lebenssachverhalte einen neuen Eigentumsbegriff zu schaffen. Das bedeutet keineswegs, daß die für unsere "ganze Lebenswelt verbindliche Eigentumsordnung" relativiert wird ²⁾. Vielmehr wird eine solche Relativierung gerade durch die Schaffung eines neuen, festumrissenen Begriffs verhindert.

Forsthoff meint in diesem Zusammenhang: "Unsere Denkprozesse sind in hohem Maße an vorgegebene Bahnen gebunden. Wo diese Bahnen fehlen, fallen sie im Zeitmaß zurück und werden dem Tempo der Ereignisse inkongruent. Das ist die Lage, in der wir uns angesichts der ständigen Veränderungen unserer Daseinsbedingungen befinden. Sie ist dadurch gekennzeichnet, daß wir den Gegebenheiten mit Vorstellungen und Begriffen gegenübertreten, die nicht mehr adäquat sind und deren mangelnde Adäquatheit wir auch empfinden ..." ³⁾.

1) So Scheuner DöV 60/601 f bei der Schilderung des Hintergrundes der großen Kodifikationen.

2) Vgl. hierzu W. Weber in VVDStRL 21/145 (170).

3) In 'Rechtsstaat im Wandel' S.111.

Die Definition eines neuen Instituts des öffentlichen Eigentums bedeutet daher den Versuch, diese Inkongruenz zu beseitigen und dem Wandel Rechnung zu tragen. Der Eigentumsbegriff wird umgebildet, den Erfordernissen des öffentlichen Rechts angepaßt. Es wird ein neues Koordinatenkreuz geschaffen; nicht wird nur im alten eine neue Ordnung vorgenommen.

Daher liegt bei dem öffentlichen Eigentum auch nicht nur eine Parallelität im Verhältnis zum privatrechtlichen Eigentum vor, sondern es handelt sich um eine echte Verschiedenheit. Nur aus dem Gebrauch des Wortes Eigentum auf Parallelität zu schließen, ist nicht richtig. Eine Parallelität liegt nur insoweit vor, als beide Begriffe sich auf ein Sachsubstrat beziehen¹⁾.

Da nun die Kompetenz auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, bezogen auf das Institut des öffentlichen Eigentums, dem Landesgesetzgeber zukommt, fällt es in seinen Aufgabenbereich, diesem Wandel Rechnung zu tragen. Daher trifft es auch auf den Fall des öffentlichen Eigentums zu, daß der gesetzgebundene Gestaltungsauftrag für den jeweiligen Beauftragten weitgehend auch die freie Entscheidung umschließt, ob eine Angelegenheit, die rechtspolitisch von der zivilistischen oder publizistischen Seite her gesehen und erfaßt werden kann, jeweils in den einen oder anderen Rechtskreis einbezogen werden soll.

Bezogen auf die Frage, ob das Grundeigentum anders als im BGB geregelt werden kann, nämlich z.B. rein öffentlich-rechtlich, hat der BGH die Ansicht vertreten, daß es beim

1) Diesen Vorwurf erhebt Peters in seinem Lehrbuch S.208.

Landesgesetzgeber läge, welche Rechtsform er anwendet. Er hat ausgeführt: "Eigentum im Sinne des bürgerlichen Rechts muß nicht bezüglich jeder Sache bestehen. Es gibt eigentumslose Sachen. Die bürgerlichrechtliche umfassende Sachherrschaft ist auch nicht die im Rechtssinn allein mögliche Herrschaft über eine Sache. Es ist denkbar, daß die Rechtsordnung für gewisse Sachen eine ausschließlich öffentlich-rechtliche Herrschaft normiert, die man als öffentliches Eigentum bezeichnen mag ..."¹⁾.

Es wird daher im folgenden nachzuweisen sein, daß die vom Hamburger Gesetzgeber im Straßen- und Wegegesetz und, eingeführt durch das Gesetz über die Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse, auch im Hamburgischen Wassergesetz und im Deichordnungsgesetz²⁾ aus der Wandlung der Verhältnisse gezogene Folgerung, öffentliches Eigentum am Straßengrund zu statuieren, eine adäquate Regelung darstellt. Dabei ist es Aufgabe des Gesetzgebers, nicht unbedingt neue wissenschaftliche Kategorien zu schaffen, sondern den praktischen Bedürfnissen und den rechtspolitischen Zielen entsprechende praktikable Lösungen zu finden³⁾.

1) BGHZ Bd.9/373 (382)

2) vgl. HGVB1. I 1964 S.79

3) aaO.

1.3 Kriterien des Eigentumsbegriffes im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches

Bevor aber die Brauchbarkeit des Instituts des öffentlichen Eigentums untersucht werden kann, muß der Versuch unternommen werden, den Begriff des bürgerrechtlichen Eigentums zu umschreiben, seinen Gehalt, seinen rechtspolitischen Inhalt festzulegen. Erst anhand des gefundenen Inhalts erscheint es möglich, nachzuweisen, daß es gewisse Lebenssachverhalte gibt, für die das öffentliche Eigentum die adäquatere Umschreibung ist.

Der Eigentumsbegriff des BGB erfährt seine Definition aus der Gesellschaftsstruktur; er ist Spiegelbild bestimmter gesellschaftspolitischer Verhältnisse. In der kapitalistischen Gesellschaftsordnung, die auf der Privatautonomie des einzelnen aufbaut, ist Eigentum Inbegriff von Herrschaftsbefugnissen und damit von Ausschlußrechten Dritten gegenüber.

Eigentum umschreibt eine objektive Beziehung des einzelnen zur Sache und stellt eine subjektive Berechtigung dar. Otto von Gierke¹⁾ definiert Eigentum als den Inbegriff der an der Sache möglichen Herrschaftsrechte. Über die Sozialgebundenheit des Eigentums wird heute der Versuch gemacht, diese liberalistisch-individualistische Auffassung im Interesse aller zu relativieren.

Ganz anders definiert daher der Marxismus den Eigentumsbegriff²⁾. Der Marxismus begreift das Eigentum als sozialökonomische Kategorie, als ein Verhältnis unter

1) Vgl. in Privatrecht II S.364.

2) Vgl. bei Jacob Eigentumsbegriff S.181.

Menschen, als gesellschaftliches Verhältnis. Die direkte Beziehung des einzelnen zur Sache wird als "Fetischisierung der Ware" angesehen. Eigentum bedeutet hier Aneignung: Im Arbeitsprozeß eignet sich der Mensch die Stoffe der Natur seinen Bedürfnissen gemäß an und vergegenständlicht sich selbst im Produkt seiner Arbeit.

Auf der einen Seite also ein gesellschaftliches Verhältnis, ein Prozeß, auf der anderen Seite eine Mensch-Objekt Beziehung, die nicht der Gesellschaft als solcher, sondern dem einzelnen Herrschaftsbefugnisse und damit Macht gibt. Raiser¹⁾ spricht der marxistischen Definition ab, Eigentum zu definieren. Er sagt, daß nur, wo die Herrschaft über Sachgüter auf eine Mehrzahl von Rechtsgenossen verteilt sei und wo deren Rechtsstellung gegeneinander abzugrenzen sei, es sinnvoll erscheine, von Eigentum jeweils eines Rechtsgenossen im Verhältnis zu den übrigen zu sprechen. Und er fährt fort: "Herrschaftsbefugnisse, die ihrer Art nach oder ihrem Gegenstand nach den einzelnen Rechtsgenossen versagt und ausschließlich der organisierten Rechtsgemeinschaft, also dem Staat, vorbehalten sind, sollte man darum besser nicht Eigentum nennen. Dies gilt wohl auch für das ausschließliche Eigentum an Grund und Boden in Osteuropa. In solchen Fällen kommen für den Rechtsverkehr nur die einzelnen verbleibenden Herrschaftsbefugnisse als Inhalt eines Eigentums infrage". Er grenzt diesen Fall dann aber gleich gegen jenen ab, in dem Sachgüter ausschließlich für öffentliche Zwecke in Anspruch genommen sind und diese Zweckbindung die Verfügungsmacht aufhebt. Hier ist seiner Meinung nach eine qualitativ andere Rechtsstellung gegeben, die verschiedene Namen trägt (domaine public, öffentliches Eigentum), jedenfalls vom Privateigentum zu unterscheiden sei.

1) RabelsZ 1961/(230) 231 f, dagegen Jacob aaO S.132.

Es erscheint möglich, den Eigentumsbegriff des BGB durch eine Reihe von Gegensatzpaaren zu umschreiben.

Eigentum im Sinne des BGB ist eigennützig, nicht fremdnützig¹⁾, es ist ein subjektives Recht²⁾. Eigentum bedeutet absolute Herrschaftsbefugnis des Eigentümers zu seinem eigenen Nutzen und Frommen, und absolute Ausschließungsbefugnis Dritten gegenüber. Die Sozialgebundenheit des Eigentums weist zwar die freie Verfügungsbefugnis des einzelnen in gewisse sehr weit gesteckte Grenzen, aber es liegt in der Natur der Sache, daß die Herrschaftsmacht des Eigentümers als die Regel und ihre Beschränkung als die Ausnahme erscheinen³⁾. In seinem Kern ist der liberalistische Eigentumsbegriff egoistisch⁴⁾. Rechtlich besteht also das Eigentum an einer Sache, die Sachherrschaft, darin, daß einen niemand hindern darf⁵⁾.

Ein zweites Gegensatzpaar folgt aus der Eigennützigkeit. Für das Eigentum des BGB ist charakteristisch, daß es einer "eigenbestimmten Finalität", nicht einer "fremdbestimmten Finalität" unterworfen ist⁶⁾. Nicht gesellschaftliche Notwendigkeiten bestimmen die Verwertung und

1) So Stern in VVDStRL 21/262.

2) Kritisch dazu Rupp, Grundfragen S.166 ff, besonders 169, der meint, diese Ansicht der h.Zivilrechtslehre beruhe auf einer Rechtsbetrachtung, die nicht das menschliche Individuum in den Mittelpunkt allen Rechts stelle, sondern die Sache selbst zum Pol und Sinnbild des Eigentumsrechts mache.

3) Staudinger BGB § 903 Rdn.1.

4) Vgl. Jacob aaO S.73.

5) So Zippelius DöV 58/838 (839).

6) Zu den Begriffen der Finalität und dem folgenden der Funktionalität vgl. Hardinghaus Sachenrecht S.20 f und 114, auch Sieder-Zeitler im Kommentar zum WHG § 1 Rdn.3: funktionsbezogener Begriff der öffentlichen Sache.

Verwendung, sondern die selbst ausgewählten Ziele sind maßgeblich. Privatautonome Verwertung, absolute Verkehrsfähigkeit sind notwendige Definitionsbestandteile. Jeder Fall einer fremdbestimmten Finalität muß im Rahmen der Eigentumsordnung des BGB als Ausnahme, als Fremdkörper angesehen werden. Die Sozialbindung des Eigentums ändert nichts an dieser Finalität, sie begrenzt nur die Eigennützigkeit.

Krüger¹⁾ führt zur Frage der Unbrauchbarkeit des Privateigentums für den Staat aus, daß Eigentum immer Freiheit impliziere in der Funktions- und Motivationswahl, dem Staat aber eine solche Freiheit gerade nicht zugestanden sei: Hier sei Herrschaft mit Funktion und Motivation identisch.

Weiter ist Privateigentum in seiner echten Form Substanzeigentum, nicht Funktionseigentum. Der Wert des Eigentums liegt in der jeweiligen Substanz, nicht aber in einer wie auch immer gearteten subjektiv bestimmten Funktion.

Entscheidend ist endlich auch für den Bereich des Privateigentums, daß es rechtlicher Gestaltung im Rahmen der Vertragsfreiheit zugänglich ist. Es ist für den Eigentümer ein Freiheitsraum gegeben, sein Verhalten wird nicht unmittelbar und endgültig durch objektives Gesetzesrecht bestimmt.

1) Krüger in VVDStRL 21/244; zustimmend
Hardinghaus S.114 und Über in VVDStRL 21/256 f.

Bezeichnend ist die in der Form liegende Möglichkeit willkürlicher Gestaltung¹⁾. Imboden führt im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung des verwaltungsrechtlichen Vertrages und seiner Abgrenzung zum Privatrecht aus, daß immer zuerst zu fragen sei: Ist eine Beziehung überhaupt rechtsgeschäftlicher Gestaltung zugänglich, wird nicht vielmehr das Verhalten durch objektives Gesetzesrecht bestimmt?

Zusammenfassend kann also gesagt werden: Bürgerlich-rechtliches Eigentum wird bestimmt durch Eigennützigkeit und eigenbestimmte Finalität, es ist Substanzeigentum und der Bereich des Privateigentums ist rechtsgeschäftlicher Gestaltung zugänglich. Es wird sich nun zeigen, daß beim öffentlichen Eigentum in jedem einzelnen Fall genau das Gegenteil zutrifft. Es ist fremdnützig und wird durch fremdbestimmte Finalität charakterisiert. Es ist Funktionseigentum, und der Bereich des öffentlichen Eigentums wird durch objektives Gesetzesrecht bestimmt.

2 Der Begriffsinhalt "öffentliches Eigentum"

Es ist dargelegt worden, daß der Begriff "öffentliches Eigentum" möglich ist, es muß daher weiter nachgewiesen werden, daß auch ein adäquater Begriffsinhalt gefunden werden kann und daß der Versuch, die Herrschaft des bür-

1) Auf die Bedeutung der Willkürlichkeit in der Gestaltungsmöglichkeit und die daraus resultierenden Unverträglichkeiten für das öffentliche Recht macht Usteri, Theorie S.205 ff, unter Verweis auf Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag in ZSR 58/61a, 62a und 125a aufmerksam.

gerlich-rechtlichen Eigentumsbegriffs über eine öffentlich-rechtliche Zweckbindung aufrechtzuerhalten, nicht zu einwandfreien und sauberen Lösungen führen kann, schon weil die immer stärkere öffentlich-rechtliche Zweckbindung alle jene Elemente ausschaltet, die dem Begriff des Privateigentums wesentlich sind. Es bleibt nur ein "nudum ius", das für sich nicht mehr die Bezeichnung Eigentum beanspruchen kann; es hat mit Eigentum nichts mehr gemeinsam¹⁾. Gerade im Straßen- und Wegerecht zeigt sich, daß eine völlige Suspendierung des Privatrechts stattgefunden hat. Hier liegt es geradezu im Interesse des Privatrechts, eine klare Trennung herbeizuführen, denn durch die Überwucherung des Eigentums als Privatrecht durch das öffentliche Recht ist dieses Privatrecht selber gefährdet.

Es ist das Bezugssystem aufzuzeigen, in dem der Begriff des öffentlichen Eigentums fixiert wird, und der Beweis anzutreten für die theoretische Folgerichtigkeit und die Praktikabilität im Rahmen dieses Bezugssystems²⁾.

-
- 1) Sieder-Zeitler WHG Vorbem.Rdn.9 richtig: "Diese öffentlich-rechtlichen Einschränkungen können - dem Grundsatz nach - soweit gehen, daß ein bestimmter Gegenstand ... dem bürgerlichen Rechtsverkehr schlechthin entzogen wird (also das Privateigentum untergeht und öffentliches Eigentum entsteht)".
 - 2) Es muß also W.Weber widerlegt werden, der eben dies im Zusammenhang mit dem öffentlichen Eigentum bestreitet (VVDStRL 21/145 (159)).

2.1 Öffentliches Eigentum im Rahmen des öffentlichen Sachenrechts

Das öffentliche Eigentum muß seinen Platz finden im Rahmen des öffentlichen Sachenrechts. Dieser Begriff ist seit langem akzeptiert, und wenn auch noch Einwendungen erhoben werden gegen die Definition der öffentlichen Sache¹⁾, wird doch niemand diesen Begriff als Hilfsmittel bei der Beschreibung bestimmter Lebenssachverhalte mehr ablehnen.

Die Notwendigkeit eines eigenen, systematisch durchgebildeten öffentlichen Sachenrechts ergab sich in dem Moment, als die hergebrachte Zweiteilung des staatlichen Handelns in hoheitliches Handeln unter Anwendung von überlegener Zwangsgewalt und wirtschaftlicher Betätigung durch einen neuen Bereich erweitert wurde, für den Forsthoff den Begriff der Daseinsfürsorge einführte²⁾.

Auf den ersten beiden Gebieten übt die Verwaltung eine gestaltende Funktion aus, einmal als Ordnungsgarant, zum anderen als produktiver Unternehmer. Das neue Tätigkeitsfeld wird durch das Moment der Bereitstellung, des Gewäh-

-
- 1) W.Weber aaO. S.149 will auch bei der öffentlichen Sache am Sachbegriff des BGB festhalten. Dagegen mit Recht die h.L., z.B. Maunz in Die Verwaltung Heft 22/1 f; Forsthoff VerwR (9) S.348; Clasen DöV 59/281 (284); der weder Körperlichkeit noch feste Begrenzung als notwendig ansieht.
 - 2) Forsthoff (8) S.320; zum Begriff der Daseinsvorsorge ders. zuerst in 'Die Verwaltung als Leistungsträger'.

rens charakterisiert. Nicht hoheitliches, sondern nur öffentlich-rechtliches Handeln ist das Merkmal¹⁾.

Anders ausgedrückt, kann man auch von einer Übergangszone zwischen der obrigkeitlich-hoheitlichen Zone und der rein privatwirtschaftlichen Unternehmertätigkeit sprechen, in der eine weitgehende Annäherung des öffentlichen Rechts an das Aktionsgebiet der Verwaltung herbeizuführen ist²⁾.

Um den neuen Anforderungen gerecht zu werden, denen sich die staatliche Verwaltung in diesem neuen Bereich der Daseinsvorsorge gegenüberstellt, bedarf sie sächlicher Mittel. Diese sächlichen Mittel finden ihre rechtssystematische Einordnung im öffentlichen Sachenrecht.

Öffentliche Sachen sind daher diejenigen Objekte des Staates oder sonstiger Verwaltungsträger, welche den Zwecken der Verwaltung unmittelbar, d.h. durch ihren

1) Forsthoff aaO S.320 ff. Dieser Bereich wird auch mit dem Begriff 'schlicht-hoheitliche Verwaltung' umschrieben. Diese Formulierung wird scharf kritisiert vor allem von Mallmann in VVDStRL 19/165 (168) f, der ihn als eine Gipfelleistung vergrößernder Vereinfachung bezeichnet. Jellinek, auf den die Schöpfung zurückgehen soll, verwendet allerdings in seinem Verwaltungsrecht 2.Aufl. S.20 f den Begriff der 'nicht-hoheitlichen' Verwaltung, was einem modernen Verständnis entspricht. Er gab diesen Begriff dann leider in der 3.Aufl. wieder auf, da es mißlich sei, "einen Begriff verneinend umschreiben zu müssen" (aaO S.21 f).

2) So Zeidler in VVDStRL 19/209 f.

Gebrauch als solchen, zu dienen bestimmt sind¹⁾.

Im Rahmen der rechtlichen Klassifizierung wird der große Bereich der öffentlichen Sachen weiter unterteilt in diejenigen öffentlichen Sachen, die der Benutzung durch jedermann ohne besondere Zulassung unmittelbar offenstehen. Diesen Sachen im Gemeingebrauch steht das allgemeine Verwaltungsvermögen gegenüber, welches der Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben dient, sei es, daß sie von den Organhaltern öffentlicher Verwaltung selbst benutzt werden, sei es, daß sie der Öffentlichkeit nach besonderer Zulassung zur Benutzung zur Verfügung gestellt werden²⁾.

Kurz gesagt, ist der Bereich der Sachen in direktem Publikumsgebrauch und der öffentlichen Sachen im Verwaltungsgebrauch zu unterscheiden³⁾, wobei letzterer Bereich wiederum aufgegliedert werden kann in solches Verwaltungsvermögen, das einem verwaltungsinternen und solches, das einem externen, d.h. dem Publikum zugewendeten Gebrauch dient.

Der Begriff der öffentlichen Sache umfaßt beide Bereiche, und auch durch die Einführung eines besonderen öffentlichen Eigentums wird nicht die Gefahr heraufbe-

1) Definition nach Forsthoff a.a.O.S.326. Die Versuche, zu einer befriedigenden Definition zu kommen, sind immer wiederholt worden. Stern hat es unternommen, vom Kreativekt her die öffentliche Sache zu definieren: Nur dann handelt es sich für ihn um öffentliche Sachen, wenn sie durch einen Rechtsakt des öffentlichen Rechts einen besonderen institutionellen Status erhalten, der ebenso wie die Rechtsbeziehungen zu den Benutzern durch Rechtssätze des öffentlichen Rechts geregelt ist (vgl. in VVDStRL 21/195). Haas (DVBl.62/653) definiert: Alles, was um seiner öffentlichen Zweckbestimmung willen eines besonderen öffentlich-rechtlichen Schutzes bedarf, müsse unter dem Begriff der öffentlichen Sachen zusammengefaßt werden.

2) Wolff (5) I S.318.

3) Hardinghaus a.a.O. S.19.

schworen, das Verwaltungsvermögen aus dem Bereich der öffentlichen Sachen zu verdrängen. Werner Weber meint hierzu¹⁾: Diese umfassende Bedeutung des Begriffs der öffentlichen Sachen vor Augen zu haben, sei deshalb wichtig, weil von einzelnen Sachen in Gemeingebrauch, etwa im Stile des Hamburgischen Wassergesetzes und des Wassergesetzes von Baden-Württemberg, offenbar immer wieder die Verlockung ausgehe, die öffentliche Sache nach den Vorstellungen eines besonderen öffentlichen Eigentums zu konstruieren, was neben anderen Unstimmigkeiten jedenfalls dazu führen würde, die Einbeziehung des Verwaltungsvermögens in die öffentliche Sache zu vereiteln.

Der Grund für diese Befürchtung Webers ist nicht ganz ersichtlich, denn die Schaffung eines Instituts des öffentlichen Eigentums im Rahmen des öffentlichen Sachenrechts muß nicht bedeuten, daß das Verwaltungsvermögen aus dem Bereich des öffentlichen Sachenrechts hinausgedrängt wird. Es stellt sich vielmehr die Frage, ob nicht neben dem fraglos besonders geeigneten Bereich der Sachen im Gemeingebrauch auch das Gebiet des sonstigen Verwaltungsvermögens ein Anwendungsgebiet für das Institut des öffentlichen Eigentums ist. Nicht die Einbeziehung des Verwaltungsvermögens in den Bereich der öffentlichen Sachen wird durch das Institut des öffentlichen Eigentums in Frage gestellt, sondern höchstens die Brauchbarkeit dieses Instituts auch für den Bereich des Verwaltungsvermögens.

Diesbezüglich ist gesagt worden, daß die Übertragung des öffentlichen Eigentums auf diese Gegenstände bzw. Sachsubstrate schwierig wäre, ein Versuch sich aber lohnen

1) W.Weber in VVDStRL 21/168.

würde, denn dies hätte den Vorteil, vom EGBGB frei zu werden und Einschränkung von Gesetzgebungskompetenzen abzuschütteln¹⁾.

Auf die Frage, wie der Bereich der öffentlichen Sachen abzugrenzen ist, bleibt das Problem der Einführung des öffentlichen Eigentums also ohne Einfluß. Sollte man zu dem Ergebnis kommen, daß nur für die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch eine Anwendung sinnvoll ist, so hindert dies nicht, eine praktikable Lehre von der öffentlichen Sache unter Einschluß des Verwaltungsvermögens zu schaffen.

1) Haas DVBl. 62/653 (656).

2.2 Konstruktionsversuche auf dem Boden des öffentlichen Rechts¹⁾

Die herrschende Lehre verzichtet auch heute noch auf ein Vollrecht des öffentlichen Sachenrechts. Sie bedient sich der Konstruktion einer öffentlich-rechtlichen Zweckbindung des Privateigentums und begegnet der Einführung eines öffentlichen Eigentums mit Mißtrauen.

Den bedeutendsten Versuch einer rein öffentlich-rechtlichen Konstruktion hat Otto Mayer mit der Schaffung seines öffentlichen Eigentums unternommen, aber auch Theodor Maunz hat versucht, rein auf dem Boden des öffentlichen Rechts eine Problemlösung zu finden. Daneben stehen einige mehr kursorische Versuche der Problemlösung.

2.21 Das öffentliche Eigentum Otto Mayers

Vor allem Otto Mayer hat den Versuch unternommen, ein Vollrecht des öffentlichen Sachenrechts in Form des Instituts des öffentlichen Eigentums zu konstruieren²⁾.

Seine Konstruktionsbestandteile sind das Privateigentum und die öffentliche Gewalt als Hoheitsbefugnis im

-
- 1) Eine bis ins Einzelne gehende Aufzählung der Konstruktionsversuche findet sich bei Maunz, Hauptprobleme S.81 ff, so daß hier auf eine Wiederholung verzichtet werden kann und nur die Grundtendenzen aufgezeigt werden.
 - 2) Besonders ausführlich in der 2.Auflage seines Verwaltungsrechts Bd.II (1919) §§ 35 ff.

Rahmen einer Unter-Überordnung.

Da die Otto Mayer'sche Konstruktion des öffentlichen Sachenrechts und ihres Kernstücks, dem öffentlichen Eigentum, tief in der verwaltungswissenschaftlichen Geschichte verwurzelt ist, erscheint es sinnvoll, kurz diesen geschichtlichen Rahmen aufzuzeigen.

Als im 17. Jahrhundert der jeweilige Landesherr für sich als den Träger der Staatsverwaltung ein umfassendes Hoheitsrecht beanspruchte, bedeutete dies, daß die Güterordnung, bis dahin als vorstaatlich betrachtet, der Disposition des Landesherrn unterstellt wurde. Es entstand das "dominium eminens", welches bedeutete: die umfassende landesherrliche Verwaltungshoheit über die soziale Güterordnung.

Und damit zusammen erfolgte die Veränderung der Rechtsstellung des einzelnen dahin, daß er nun der Staatsgewalt unmittelbar gegenübergestellt wurde, losgelöst von dem Grundbesitz und ständischer Organisation.

Zur Bändigung dieser dem Landesherrn gegebenen Macht über Grundbesitz und Freiheitsstatus des Bürgers, wurde dann die Fiskustheorie entwickelt. erst für das Gebiet des Privatrechts, dann übergreifend auf das Gebiet der Verwaltung.

Nun wandelte sich die Verwaltung, die bisher wesentlich Ordnungsgarant (also Hoheit!) war, indem sie auch Leistungsträger wurde, und der Hoheitsstaat wurde (sozialer) Rechtsstaat.

Dieser Wandel hatte zur Folge, daß es an einer rechtlichen Bewältigung der Handlungsformen der rechtsstaatlichen Verwaltung fehlte.

Dem trug Otto Mayer auf dem Gebiet der Verwaltungswissenschaften dadurch Rechnung, daß er ein geschlossenes System öffentlich-rechtlicher Institute schaffte, ein Rechtssystem, das erst mit dem Rechtsstaat entstehen konnte und eine scharfe Abgrenzung zum Staat der landesherrlichen Hoheitsrechte darstellt¹⁾.

Nur erweiterte er das Fundament seiner Verwaltungslehre durch die "allgemeine Gehorsamspflicht der Untertanen, die doch auch wieder nur eine Umschreibung der Untertaneneigenschaft"²⁾ ist.

Im Rahmen dieses geschichtlichen Zusammenhangs muß die Otto Mayer'sche Theorie des öffentlichen Sachenrechts gesehen werden. Insbesondere ist es bezeichnend, daß er den öffentlichen Gewaltaspekt nicht aus den Augen verliert, wohl aber selbst bemerkt, daß es auf diesen Aspekt nicht in erster Linie ankommen kann.

Die öffentlichen Sachen bestimmen sich nach Otto Mayer einmal nach ihrer äußerlichen Beschaffenheit, bestimmt durch einen Zweck, zum anderen durch ihre Zugehörigkeit an ein Subjekt öffentlicher Verwaltung, das sie für diesen Zweck bereithält³⁾.

1) Zum geschichtlichen Abriß vgl. bei Forsthoff Verw.(9) S.21 ff.

2) Vgl. denselben aaO S.51.

3) Otto Mayer VerwR (2) II S.72.

Aus der Forderung nun, daß diese Sachen nach dem öffentlichen Recht zu beurteilen sind, folgt die "Idee eines öffentlichen Sachenrechts" und damit, als Kernstück, die Idee eines öffentlichen Eigentums, "das nichts anderes ist, als ein öffentlich-rechtliches, ein öffentlich-rechtlich gedachtes Eigentum"¹⁾.

In einem Zusatz wird erläutert: ... "Ein öffentlich-rechtliches Rechtsinstitut wird dadurch erkennbar, daß alle seine Einzelheiten nach den Gesichtspunkten der Beteiligung der öffentlichen Gewalt und der Ungleichheit der Rechtssubjekte sich gestalten müssen"²⁾.

Es verbindet sich Privateigentum in der Hand der öffentlichen Verwaltung und die öffentliche Gewalt durch die Widmung, die Otto Mayer allerdings nicht als einen Rechtsakt betrachtete, zu einem neuen Rechtsinstitut, dem öffentlichen Eigentum.

Das Moment der öffentlichen Gewalt tritt auch bei den Äußerungen Otto Mayers über den öffentlich-rechtlichen Vertrag hervor. Er meint, "zwischen Staat und Untertan gebe es keine Verträge, das widerspreche der grundsätzlichen Ungleichheit der beiden Rechtssubjekte". Vertrag gedeiht nur auf dem Boden der Gleichheit ... Ihm entspricht auf öffentlich-rechtlichem Gebiet der Verwaltungsakt auf Unterwerfung: Der Ausspruch der Behörde über den Untertan ist für sich allein das Wirkende; ..."³⁾.

1) Otto Mayer aaO S.73.

2) aaO.

3) aaO S.262.

Eine Gleichordnung zwischen Staat und Bürger ist für Otto Mayer undenkbar.

Nun sagt Otto Mayer allerdings selber, daß öffentliches Eigentum nicht als öffentliche Gewalt im Sinne eines "Befehls" sich äußere, sondern dies auch möglich sei als sachenrechtliche Herrschaft¹⁾. Auch könne sich öffentliche Gewalt nicht einer Sache gegenüber äußern, diese sei kein Untertan. Vielmehr komme sie zum Ausdruck in dem Inbegriff von rechtlichen Beziehungen, aus denen der Begriff Eigentum bestehe.

Diese Beziehungen äußerten sich stets nur gegenüber anderen Rechtssubjekten und müßten sich auch auf der Grundlage der rechtlichen Ungleichheit, sprich dem öffentlichen Recht, abspielen können. Und er fährt fort: Wenn also der Eigentümer als Träger der öffentlichen Gewalt den anderen als Privaten gegenübertritt, dann handle es sich um öffentliches Eigentum.

Die sich regenden Zweifel an der Brauchbarkeit des Begriffs der öffentlichen Gewalt werden also gleich wieder beschwichtigt. Das zeigt sich auch, wenn Otto Mayer darauf verweist, daß öffentliche Sachen in erster Linie diejenigen seien, "die dem Rechte des Gemeingebrauchs unterstellt sind"²⁾, und dann versucht, diesen Begriff mit dem der öffentlichen Gewalt zu verbinden. Er sagt nämlich: "Auf diesem Gemeingebrauch liegt der Schwerpunkt; das Recht der Obrigkeit erscheint demgegenüber nur als Zutat, als Mittel zum Zweck"³⁾.

1) AaO S.73.

2) AaO S.79.

3) AaO Fußn.13.

Hier blitzt zwar die Erkenntnis auf, daß es auf das Moment der Obrigkeit, der öffentlichen Gewalt, vor allem in den Fällen des Gemeingebrauchs wohl doch nicht ankommen kann, aber aus seiner Position heraus vermag Otto Mayer diesen Widerspruch nicht klar zu erkennen und ihn aufzulösen.

2.211 Kritik an der Lehre Otto Mayers

Bei allem Respekt, der dem Gedankengebäude Otto Mayers gezollt wurde, zeigte es sich doch, daß die Zahl der Überzeugten sehr gering war¹⁾. Vor allem aber wurde das Institut des öffentlichen Eigentums abgelehnt.

Allerdings kann vorweg bemerkt werden, daß das Argument, das öffentliche Eigentum sei dem deutschen Recht fremd, ernstlich nicht zu begründen ist²⁾. Es ist zwar richtig, daß dieses Institut aus dem französischen Recht übernommen worden ist. Der Grund hierfür ist aber darin zu sehen, daß Frankreich vor Deutschland ein durchgebildetes öffentliches Recht besaß. So wie niemand auf die Idee kommen wird zu behaupten, daß die Idee des öffent-

1) Einer der wenigen Befürworter war Bühler VerwArch 27/283 ff(296), der dann aber auch auf Grund einer Untersuchung der damaligen Rechtslage zu dem Ergebnis kommt, daß die Frage nach dem öffentlichen Eigentum nicht endgültig und zweifelsfrei geklärt werden könne (aaO S.299). Auf die Arbeit von Edith Satz in Fischers Ztschr.Bd.7o/161 ff, die das öffentliche Eigentum für Hamburg nachzuweisen versucht, wird noch unten einzugehen sein.

2) So aber z.B. Peters Lehrbuch S.2o8; Forsthoff (9) S.35o Fußn.3; Staudinger BGB (11) Vorbem. § 9o3 Rdn.21 f).

lichen Sachenrechts dem deutschen Recht fremd sei, so wird man dies mit Fug und Recht auch nicht vom öffentlichen Eigentum behaupten können. Es wird sich zeigen, daß über die öffentlich-rechtliche Zweckbindung des Privateigentums ein gerader Weg zu einem rein öffentlich-rechtlichen Institut des Eigentums führt. Dieses läßt sich ohne Bruch in das System des öffentlichen Sachenrechts einordnen.

Eine erste ausführlich begründete Ablehnung findet sich bei Theodor Maunz in seiner Schrift über die Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts¹⁾. Der kritische Punkt in der Lehre Otto Meyers von den öffentlichen Sachen und dem öffentlichen Eigentum wird deutlich erkannt. Es ist dies die nicht zutreffende Auffassung von der "Macht" des Staates, die, bedingt durch den Zusammenhang zwischen der Staatsauffassung und der Idee des öffentlichen Sachenrechts, auf diese ausstrahlt. Maunz hebt mit Recht hervor²⁾, daß schon die Berührung der begrifflichen Grundlagen der Mayer'schen Theorie Anzeichen dafür ergebe, daß die Theorie der öffentlichen Sache in letzter Linie in der Staatsauffassung wurzle und daß das Sinnproblem der öffentlichen Sache in dem Problem Individualrecht und Kollektivrecht gipfle.

Otto Meyers Staat aber ist ein Obrigkeitsstaat. Er muß daher versuchen, das Privateigentum als Inbegriff der Herrschaftsbefugnisse und Rechtsbeziehungen zwischen Gleichgeordneten auf ein Unter-Überordnungsverhältnis zu übertragen. Er fand die Lösung in einer Addition beider Elemente³⁾.

1) AaO. S.123 ff.

2) AaO S.126.

3) Vgl. aaO S.137.

Er versuchte damit zu addieren, was nicht addiert werden konnte.

Dadurch wurde dem Institut des öffentlichen Eigentums ein hoheitlich absolutistischer Charakter beigelegt, der es vor allem auch moderner Kritik ausliefert. Heute gibt es im Rahmen der öffentlichen Verwaltung einen großen Sektor, in dem der Staat keineswegs mehr hoheitlich auftritt, sondern dem Bürger von gleich zu gleich begegnet. Es ist der Bereich der Daseinsvorsorge im weitesten Sinne, die gewährende, darreichende Verwaltung.

Gerade auf diesem Gebiet aber kommt dem öffentlichen Sachenrecht die Hauptbedeutung zu; hier wird sich das Institut des öffentlichen Eigentums zu bewähren haben.

So trifft die Kritik Sterns¹⁾ fraglos zu, der sagt, daß die Theorie Otto Mayers in ihrer Grundkonzeption verfehlt angelegt sei, weil ihre Konstruktionsmittel, öffentliche Gewalt und Eigentum, der Funktion und Idee der öffentlichen Sache als einer leistungsverwaltungsrechtlichen Institution nicht gerecht würden.

1) VVDStRL 21/189.

2.212 Entgegnung

Bei dieser Kritik muß aber beachtet werden, daß sie erst rückschauend aus der Position der heutigen verwaltungsrechtlichen Entwicklung möglich ist.

In die gleiche Richtung geht der Einwand¹⁾, daß das öffentliche Eigentum wegen seines hoheitlichen Charakters den Bürger in die Rolle des Untergeordnetseins versetze, anders als Privateigentum, dem er gleichgeordnet wäre, und daß man von einem verhängnisvollen absolutistischen Zug in Otto Mayer's Lehre sprechen könne²⁾.

Gegen diese Argumentation kann einmal vorgebracht werden, daß es eine Fehleinschätzung des Instituts des öffentlichen Eigentums, so wie es sich heute darbietet, bedeutet, wenn die Ansicht vertreten wird, hier liege eine vom Rechtsstaat überwundene Vermengung von dominium und Hoheitsbefugnis vor. Dieser Einwand mag zwar auf das von Otto Mayer konstruierte Institut des öffentlichen Eigentums zutreffen. Dies ist aber nicht der Fall, wenn man diesen Begriff im Rahmen der Daseinsvorsorge, also auf der Ebene der Gleichordnung, neu definiert.

1) So z.B. Clasen DöV 59/281 (288), der in diesem Zusammenhang von dem wohl 'schwierigsten Einwand' gegen das öffentliche Eigentum spricht. Auch in Forsthoff (aaO (9) z.B. S.52) regen sich Bedenken vor diesem hoheitlichen Moment, wenn er unter Hinweis auf den Gebrauch von privatrechtlichen Formen durch die Verwaltung sagt, dies geschehe "unter Vermeidung der hoheitlichen Gestaltung ...".

2) In diesem Sinne Fuß VVDStRL 21/237 (238).

Zum anderen scheint bei diesen Bedenken oft das Gefühl mitzuschwingen, man hätte schon "zuviel Staat"¹⁾; es müsse also die privatrechtliche Regelung bevorzugt werden, um dem Einhalt zu gebieten. Hier unterliegt man aber leicht der Illusion, daß Staat in Formen des Privatrechts nicht Staat sei; daß der Mensch in einem solchen Falle etwa weniger "Objekt obrigkeitlicher Funktion"²⁾ sei.

Es wird übersehen, daß der Bürger immer dem Staat als "Gewaltmonopolisten"³⁾ gegenübersteht und keineswegs freier ist, wenn der Staat sich dabei privatrechtlicher Formen bedient. Auch auf dem Boden des Privatrechts steht also der Staat in Wirklichkeit dem Bürger nicht von gleich zu gleich gegenüber, vielmehr wird es immer notwendig sein, den Staat gewissen Bindungen zu unterwerfen, damit er seinen Vorteil nicht ausnutzen kann.

In dieser Beziehung ist heute durch die voll ausgebaute Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Grundrechtsgebundenheit der Verwaltung das beste Gleichgewicht hergestellt, wenn sich Staat und Bürger auf dem Boden eines klar umgrenzten öffentlichen Eigentums gegenüberstehen. Das moderne Verwaltungs- und Verfassungsrecht gibt hier dem Staat weniger Möglichkeit, hoheitlich aufzutreten, als unter dem Mantel des Privatrechts.

Zeidler⁴⁾ hat bezüglich der Bedenken, daß es sich bei dem Vordringen des öffentlichen Rechts um das sichtbare Zeichen staatlicher Machtausweitung handle, gesagt, daß

1) Forsthoff in 'Rechtsstaat im Wandel' S.63.

2) Formulierung bei Forsthoff aaO S.127.

3) Vgl. Usteri Theorie S.207.

4) VVDStRL 19/217 Fußn.33.

dies wohl bezüglich der Tätigkeit der öffentlichen Hand an dem Kern der neueren Tendenzen vorbeiginge. Anliegen der Lehre von der Daseinsvorsorge oder ähnlicher Lehren sei jedenfalls auch die Ausweitung des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes.

Im Rahmen dieser Lehren muß aber auch eine moderne Konstruktion des öffentlichen Eigentums gesehen werden.

Die Bedenken gegen das "hoheitliche Element", "den absolutistischen Zug" in Otto Mayers Institut des öffentlichen Eigentums liegen der Mehrzahl aller ablehnenden Meinungen zugrunde, vor allem, soweit die Bedenken von heutigen Kritikern kommen. Sie sind berechtigt, aber es wird sich zeigen, daß ein öffentliches Eigentum auch ohne dieses Moment konstruiert werden kann.

2.213 Otto Mayers Begriff im Verhältnis zur Fiskustheorie

Neben der Kritik an Detailfragen, die hier außer acht gelassen werden soll, erscheint es aber gewinnbringend, noch einem Argument nachzugehen, das gegen die Otto Mayer'sche Idee vorgebracht wird.

Forsthoff meint, zu Unrecht sei Otto Mayer davon ausgegangen, daß in der Beibehaltung eines staatlichen Privateigentums neben der hoheitlichen Beherrschung der öffentlichen Sache eine Fortsetzung der polizeistaatlichen Fiskustheorie zu sehen sei¹⁾.

1) Dazu vgl. Forsthoff a.a.O. (9) S.350 (351) Fußn.3).

Daß diese Vorstellung bestand, ist fraglos richtig. Otto Mayer sagt dazu: "In ihrem (gemeint ist Staat als Fiskus und Hoheit) Zusammenwirken bilden sie auch für die Ordnung des Rechts der öffentlichen Sache wieder eines jener 'gemischten Rechtsinstitute', das sich mit wohl-tuender Folgerichtigkeit in das ganze System einfügt"¹⁾. Es muß bezweifelt werden, ob die Annahme eines fortbestehenden staatlichen Privateigentums wirklich nicht die künstliche Zerlegung des Staates in zwei Rechtssubjekte, den Hoheitsträger und den Vermögensträger im Sinne der überwundenen Fiskustheorie bedeutet²⁾. Gerade bei der Frage der wirtschaftlichen Nutzbarkeit der öffentlichen Sachen zeigt es sich, daß sehr gerne zurückgegriffen wird auf das Institut des "öffentlich-rechtlich zweckgebundenen Privateigentums", um die Möglichkeit zu erhalten, den privatrechtlichen Teil privatautonom zu verwerten. Auf diese Aspekte, vor allem im Straßen- und Wegerecht, wird noch einzugehen sein, aber es kann kein Zweifel daran bestehen, daß wirtschaftliche Interessen zum Teil hinter dem Wunsch auf Beibehaltung dieser gemischten Rechtsverhältnisse stehen. Otto Mayers Bedenken hinsichtlich der Ausstrahlung des überkommenen fiskalischen Denkens sind auch heute noch voll berechtigt. Tatsache ist, daß insbesondere die Gemeinden ihr Wegeeigentum als ein lediglich im Sinne des Art.14 GG sozialpflichtiges Privatrecht dort als ein administratives Mittel heranziehen, wo ihnen das Verwaltungsrecht keine Handhabe bietet. So Köttgen³⁾ im Hinblick auf die Gepflogenheiten mancher Gemeinden, ihr Privateigentum am Wegegrund in Verhandlungen über Sondernutzungen

1) Otto Mayer VerwR (3) Bd.II S.44.

2) Forsthoff aaO.

3) VVDStRL 21/254; ähnlich auch in Grundfragen S.125 ff.

mit Versorgungsunternehmen wirtschaftlich auszunutzen. Und auch Köttgen weist darauf hin, daß das Wegewesen im Arsenal der Machtmittel der Gemeinde einen bedeut-samen Platz einnehme¹⁾.

Hier zeigt es sich, daß Otto Mayers Bedenken zu Recht bestehen und daß trotz Anerkennung einer Identität von Staat und Fiskus die Konsequenzen nicht zu Ende gedacht worden sind und ungeachtet der Absage an die alte Fiskustheorie nach wie vor mit der Vorstel-lung operiert wird, der Staat verwandle sich, wenn er fiskalisch handle, in eine andere, eine private Person²⁾. Diese Doppelstellung kann auch nicht aus einer wie auch immer gearteten "Technizität der Rechtsform"³⁾ gerecht-fertigt werden.

2.22 Der Konstruktionsversuch von Theodor Maunz

Theodor Maunz' Bestreben ging dahin, die öffentliche Sache völlig dem öffentlichen Recht zu unterstellen.

In den Mittelpunkt seiner Konstruktion stellte er "das Rechtsverhältnis" zwischen dem Träger der öffentlichen Sache und dem Benutzer; die These, daß die öffentliche

1) In 'Gemeindliche' Daseinsvorsorge' S. 25.

2) So Mallmann VVDStRL 19/165 (198).

3) Forsthoff a.a.O.

Sache "nicht als Rechtsobjekt (nicht als Substanzbegriff), sondern als Rechtsverhältnis darzustellen ist¹⁾". Es wird ausdrücklich betont, daß die öffentliche Sache von substantiellen Vorstellungen völlig losgelöst und ausschließlich als Beziehung zur Norm aufzufassen sei. Aus dieser Auffassung folgt konsequent die Ablehnung der Zweckbindung des bürgerlich-rechtlichen Eigentums, da hier das Substrat erhalten bleibt²⁾.

Das Rechtsverhältnis öffentliche Sache besteht in einer Rechtspflicht eines Trägers öffentlicher Verwaltung und ist in diesem Sinne ein "Rechtsverhältnis im engeren Sinne", wohingegen das Nutzungsrechtsverhältnis ein solches im weiteren Sinne ist³⁾.

Mittelpunkt des öffentlichen Sachenrechts ist nach Theodor Maunz das Rechtsverhältnis zwischen dem Träger der öffentlichen Sache und dem Besitzer der öffentlichen Sache. Er meint, daß diese Beziehung für die Konstruktion in den Mittelpunkt der Untersuchung gerückt werden müßte⁴⁾. Der Vorteil liegt für ihn darin, daß er die öffentliche Sache von substantiellen Vorstellungen lösen und ausschließlich als Beziehung zur Norm auffassen kann. Die dabei in Frage kommende Person sei derjenige Träger öffentlicher Verwaltung, dessen Aufgabe es sei, bestimmte Leistungen der Gemeinschaft zu vollbringen und gegebenenfalls einem Individuum zu vermitteln; für diese

1) Th. Maunz Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts S.71.

2) AaO S.72.

3) AaO S.201.

4) AaO S.196.

Vermittlung wählt er die Figur des verwaltungsrechtlichen Mantelrechtsgeschäfts aus¹⁾.

Aus dieser Grundkonzeption folgt logisch, daß ein Institut des öffentlichen Eigentums für Maunz ohne Bedeutung ist.

Die Theorie von Maunz hat sich, auch wenn die Idee als solche einen gewissen Reiz ausstrahlt, nicht durchgesetzt. Die Kritik hat sich wohl zu Recht gegen die Trennung von Recht und Sachsubstrat gewandt. Schallenberg meint ganz richtig²⁾, daß die öffentliche Sache ein mehrdimensionaler Begriff sei, der begrifflich einmal etwas rein Tatsächliches enthielte, nämlich den Gegenstand als Substrat, und zum anderen zwei Rechtsbegriffe, nämlich die "Sache" und "öffentlich". Die substantielle Vorstellung könne daher nicht von der rechtlichen losgelöst werden. Der öffentliche Weg z.B. ist logisch untrennbar mit der Vorstellung von einem Stück Erdoberfläche verbunden. Hier eine Trennung vornehmen zu wollen und das Sachsubstrat als solches außerhalb der Definition zu lassen, kann nur Verwirrung stiften. Gerade die öffentliche Sache ist Objekt bestimmter Rechtsverhältnisse und kann als solches nicht unbeachtet bleiben.

1) AaO. S.224.

2) In 'Widmung' S.16. Ablehnend z.B.: Scheuner RVerwBl. 37/731 und 732 Fußn.8; Zippelius DöV 58/838 (839), der von einem "bemerkenswerten Konstruktionsversuch" spricht; auch Peters Lehrbuch S.208. In der Schriftenreihe 'Die Verwaltung' Heft 22 S.1 f ist dann Maunz selber zu der Auffassung, daß auch die öffentliche Sache Sache im Rechtssinne sei, zurückgekehrt. - Keine Stellungnahme bei Hardinghaus 'Sachenrecht', der aber ersichtlich vom Sachsubstrat ausgeht.

Insbesondere auch der Begriff des "verwaltungsrechtlichen Mantelrechtsgeschäfts" ist angreifbar. Maunz will es aufgefaßt wissen als den Inhaltsrahmen für die später vorzunehmenden speziellen Rechtsgeschäfte¹⁾. Es tritt auf in der Erscheinungsform der Satzung und der Widmung.

Gegen diesen Begriff muß vor allem vorgebracht werden, daß die Ausgestaltung des jeweiligen Rechtsverhältnisses sich aus der Rechtsordnung selber ergibt und daß es insoweit nicht sich um eine rechtsgeschäftliche Ausfüllung eines Mantelrechtsgeschäfts handeln kann²⁾.

Darauf, daß die Konstruktion der Widmung als verwaltungsrechtliches Mantelrechtsgeschäft nicht brauchbar ist, weist auch Schallenberg³⁾ hin. Er meint, die Widmung der meisten öffentlichen Sachen erfolge nicht auf Grund eines Mantelrechtsgeschäfts, sondern auf Grund einer Norm. Sie sei im Regelfall Verwaltungsakt. Vor allem aber sei der Gemeingebruch nicht Folge der Widmung, sondern Folge gesetzlicher Bestimmung.

Abschließend kann man von den Überlegungen von Maunz sagen, daß auch wenn sich der von ihm geprägte Sachbegriff nicht durchsetzen konnte, er unter diesem Sachbegriff doch ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis prägnant herausgearbeitet hat, wobei er vor allen Dingen feststellte, daß es sich um ein rein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis handelt. Dadurch aber hat er die heute herrschende Meinung entscheidend beeinflußt.

1) Maunz aaO S. 221 f.

2) Vgl. Zippelius aaO und Schallenberg aaO S.57.

3) aaO.

2.23 Sonstige Konstruktionsversuche

Es kann in dieser Arbeit nicht auf alle Deutungsversuche des Begriffs öffentliches Eigentum eingegangen werden. Doch seien einige Gesichtspunkte noch herausgegriffen.

So wurde der Inhalt des öffentlichen Eigentums nicht als ein Recht, sondern als eine Dienstbarkeit an der Sache beschrieben¹⁾. Diese Deutung bringt uns genauso wenig weiter, wie die Einführung des Begriffs des "ständischen Eigentums"²⁾. Öffentliches Eigentum ist echte Sachherrschaft, sie ist nicht eine Dienstbarkeit an einem Sachsubstrat. Eigentum ist immer ein Vollrecht, nicht aber eine Last. Öffentliches Eigentum daher als Dienstbarkeit zu definieren, erscheint als Widerspruch in sich. Im übrigen ist nicht ersichtlich, wie hier der Widerspruch zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen gelöst werden soll.

1) So 1937 Köttgen, Deutsches Verwaltungsrecht S.442. Und heute noch Salzwedel in DöV 63/241 (244). Ablehnend Hardinghaus aaO.S.22. Vgl. auch Clasen aaO S.288. Heute vertritt Köttgen die erweiterte Zweckbindungstheorie, vgl. in 'Gemeindliche Daseinsvorsorge' insbesondere S.28 f.

2) So ebenfalls Köttgen aaO S.438; die Einführung dieses Begriffs wird aber wohl aus der politischen Situation heraus zu erklären sein (1937!). Die sich hier ergebenden Schwierigkeiten zeigen sich auch bei seinem Versuch, ein von dem Eigentumsbegriff des BGB differenziertes öffentliches Eigentum nachzuweisen und gleichzeitig nicht gegen die Ideologie des 'einen völkischen Staates' zu verstoßen, der ja eine solche Differenzierung eigentlich verbot. In diesem Sinne wohl auch Merten, Dissertation S.15.

Jellinek¹⁾ versuchte einmal, die Lösung über ein "neutrales Eigentum" zu finden, das so konstruiert sei, daß es als ein dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht gleichermaßen angehöriges Rechtsinstitut angesehen werden könne.

Nun kann zwar nicht bezweifelt werden, daß es neutrale Begriffe gibt, die sowohl im Zivil- als auch im öffentlichen Recht gebraucht werden können, ohne daß sie umgestaltet werden müßten²⁾. So gehören z.B. die Rechtsgrundsätze, die in den §§ 162, 242 und 133 BGB zum Ausdruck kommen, sehr wohl beiden Rechtsordnungen an. Nicht aber gehört hierher das Eigentum. Es kann immer nur einer Rechtsordnung angehören³⁾.

Und ebenfalls ist der als weitere Möglichkeit bei Jellinek auftauchende Gedanke, daß das öffentliche Eigentum vielleicht nichts anderes sei als die durch kein gegenüberstehendes Privatrecht gehemmte Gebietshoheit, abzulehnen.⁴⁾ Der Begriff der Gebietshoheit umfaßt ganz andere Sachverhalte, die mehr im Staats- und Völkerrechtlichen liegen, jedenfalls nicht bezogen werden können auf eine Sachherrschaft, die reale Sachsubstrate zum Gegenstand hat. Selbst wenn man, was vorliegend verneint wird, das öffentliche Eigentum als ein obrigkeitliches Herrschaftsrecht betrachtet und daher als tiefgreifender und umfassender als das private Eigentum, wird man den Begriff

1) Verwaltungsrecht (3) S.508.

2) Zum 'neutralen Begriff' vor allem Giacometti Verwaltungslehre S.122, der hier den Begriff der 'Herübernahme' verwendet.

3) So übereinstimmend Giacometti aaO und Clasen aaO S.285.

4) AaO.

der Gebietshoheit nicht verwenden können. Denn als Gebietsherr steht dem Staat die Gebietshoheit, die höchste Gewalt über das Land, ausschließlich kraft seiner Hoheitsstellung, seines Hoheitsrechts, zu. Bei der Gebietshoheit handelt es sich um eine Funktion der Staatsgewalt.

Die Macht und die Verfügungsbefugnisse des öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers auf Grund seines öffentlichen Eigentums sind dagegen in seinem Eigentumsrecht begründet, das er z.B. durch Widmung qua Privateigentum oder im Wege einer öffentlich-rechtlichen Aneignung erworben hat¹⁾.

2.3 Die herrschende Lehre von der Zweckbindung des Privateigentums

Die herrschende Lehre verzichtet auf ein Vollrecht des öffentlichen Sachenrechts. Sie versucht, der Notwendigkeit einer Beschränkung der aus dem Privateigentum fließenden Rechte dadurch gerecht zu werden, daß sie das Privateigentum einer Zweckbindung unterwirft. Auf die diesbezüglichen Theorien soll insoweit eingegangen werden, als sich in ihnen ein fortschreitender Intensitätsabfall des privatrechtlichen Moments zeigt. Die Entwicklung verläuft über eine Deckung der Begriffe Zweckbindung und Gemeingebrauch zur sogenannten erweiterten Zweckbindungstheorie, die den Gemeingebrauch und die Sondernutzungen erfassen will, bis hin zu der - man könnte sagen absoluten - Zweckbindungstheorie, die das Privateigentum nur noch als "nudum ius", als Potentialität bezeichnet.

1) In diesem Sinne Clasen aaO.

2.31 Ursprüngliche Theorie:
Zweckbindung gleich Gemeingebrauch

Im Rahmen dieser Theorie bleibt das Privateigentum die Grundlage jeder öffentlichen Sache; die im Privateigentum implizierten Herrschaftsrechte müssen zwar eingeschränkt werden, da es sonst zu einer Kollision zwischen dem öffentlichen Zweck, dem die Sache dient, und den privatrechtlichen Machtbefugnissen, die das Eigentum verleiht, kommen würde, aber dieser öffentliche Zweck wird sehr restriktiv gedeutet.

Geschichtlich bedingt, versteht man unter ihm nur den Gemeingebrauch der öffentlichen Sache oder die Nutzung für ein spezielles öffentliches Interesse, soweit Verwaltungsvermögen betroffen ist. Im Straßen- und Wegerecht also die reine, allen ohne jede Zulassung mögliche Oberflächennutzung im Rahmen des Verkehrs. Nur in ganz beschränktem Umfang werden darüber hinaus Nutzungen unter dem Begriff des Gemeingebrauchs oder der speziellen öffentlich-rechtlichen Nutzung zugelassen¹⁾.

Die öffentliche Zweckbindung, der das Privateigentum unterworfen wird, reicht also nur so weit, wie der Gemeingebrauch oder das unmittelbare öffentliche Interesse reicht. Nur insoweit wird auch das Privatrecht suspendiert. Der übrige Bereich ist weiterhin Domäne der Privatautonomie.

1) Vgl. Beispiel bei Hardinghaus aaO S.35 Fußn.60, der den Hufbeschlagnahme auf der Straße erwähnt.

Zweckbindung, die herbeigeführt wird durch die Widmung, bedeutet, daß eine zweckwidrige Verwendung des Eigentums unmöglich gemacht wird.

Man kann in diesem Sinne auch von einer Theorie des modifizierten Privateigentums sprechen¹⁾.

Diese Einbußen des privatrechtlichen Eigentums sind auf verschiedene Weise gedeutet worden. So hat Holstein von einer dem Eigentum immanenten "Schwäche" gesprochen²⁾. Diese Schwäche sei Ausdruck eines dem Eigentum nach deutscher Anschauung immanenten Gedankens der "wesenhaften Pflichtigkeit." Einer privatrechtlichen Pflichtigkeit stehe insoweit eine verwaltungsrechtliche Pflichtigkeit gegenüber³⁾.

-
- 1) Vgl. zu dieser Theorie z.B. Peters Handbuch Bd. II S. 565 und ders. in seinem Lehrbuch S. 208; Maunz Rechtsgutachten S. 32 und in 'Die Verwaltung' Heft 22 S. 8 f; Hanstein 'Eisenbahn' S. 136 für das Eisenbahnrecht; Molitor 'Zweckbindung' in Festschrift für Schultze S. 33 ff; auch Forsthoff, wenn auch modifiziert, VerwR (9) S. 350 ff; Werner Weber vor allem in VVDStRL 21/145 (bes. S. 163); Wolff Lehrbuch (5) S. 324 f; auch Stern noch in AÖR 84/137 (158): Das Wort 'öffentlich' in 'öffentliche Sache' deute, bezogen auf das Eigentum, nur an, daß es sich durch eine besondere Beziehung des Weges zur Öffentlichkeit auszeichne! Anders und moderner dann ders. in VVDStRL 21/183 ff. Auch Scheuner RVerwBl. 37/729 (731) spricht von einer Zweckbindung als dem entscheidenden Gesichtspunkt. Hier wird dieser Begriff jedoch in einem anderen Zusammenhang benutzt, denn er leugnet gleichzeitig, daß es am Wege noch ein Privateigentum geben könne. Hier scheint die damalige Ideologie von der Aufhebung der Trennung der Rechtsbereiche einzuwirken.
- 2) Holstein Eigentumsbeschränkung S. 15.
- 3) Ders. aaO S. 96. Aus dieser Definition ergibt sich auch seine Ablehnung des Otto Mayer'schen öffentlichen Eigentums, da die von diesem aufgezeigten Tatbestände nur das eine gemeinsam hätten, daß sie unmittelbar am Eigentum wirksam würden, aber eben nicht an seinem rechtlichen Inhalt, sondern nur die wirtschaftliche Nutzung behinderten (aaO S. 88).

Oder es wird von einem "Ruhe" eines Teiles der das Eigentum ausmachenden Rechtsbefugnisse gesprochen¹⁾.

Aber wie auch immer die theoretischen Erklärungen lauten, sie können auch bei der engen Begrenzung der Zweckbindung auf den unmittelbaren öffentlichen Zweck nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch hier schon "eine Auflockerung des Eigentumsbegriffs bereits in nicht unerheblichem Umfang durchgeführt ist, in dem die unbeschränkte Verfügungsmacht des Eigentümers an einen rechtsgeschäftlich oder gesetzlich festgelegten Zweck gebunden wird, in Widerspruch zu dem der Eigentümer keine tatsächlichen und rechtlichen Verfügungen vornehmen kann oder darf"²⁾.

2.32 Die erweiterte Zweckbindungstheorie

Die Entwicklung des modernen Verwaltungsstaates insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge ist über diese enge Auslegung der Zweckbindung hinweggegangen. Die Konstruktion ist der Wirklichkeit inkongruent geworden. Die Beschränkung auf den Gemeingebrauch wurde den Bedürfnissen nicht mehr gerecht, und Köttgen hat sehr plastisch darauf hingewiesen³⁾, daß, wer "nach einer Bombennacht gesehen

1) So Stritter in seiner Dissertation S.10. Da allein die Besitzstellung der öffentlichen Verwaltung wichtig sei, müsse diese öffentlich-rechtlicher Natur sein, der Rest könne privatrechtlich bleiben (aaO S.11). Ähnlich scheinbar auch heute noch E.R.Huber, wenn er in seinem Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd.II sagt, das Privateigentum sei "suspendiert" (aaO S.568 ff).

2) So wörtlich Molitor aaO S.43.

3) VVDStRL 21/254.

hat, was ein moderner Weg an Leitungen usw. in sich birgt, wer also weiß, welche vielfältige Funktion der Weg heute hat, der wird sich die Frage vorlegen müssen, ob wir nicht die Zweckbindung der öffentlichen Wege, um nur von diesen zu sprechen, zu Unrecht auf den Gemeingebrauch beschränken".

Die Vertreter der erweiterten Zweckbindungstheorie¹⁾ wollen also auch die Sondernutzungen, vor allem was die Nutzung durch die Versorgungsbetriebe im Rahmen der Verlegung ihrer Fern- und Versorgungsleitungen betrifft, im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Zweckbindung des Weges gewertet sehen. Sie versuchen dadurch dem "tiefgreifenden Wandel"²⁾ im Wegewesen Rechnung zu tragen. Ein Wandel, der sich, wie Hardinghaus sehr richtig erkennt, nicht auf das Wegerecht beschränkt, sondern auch für andere öffentliche Sachen gilt³⁾. Der "Weg als Mehrzweckinstitut"⁴⁾ ist das einprägsame, von Köttgen stammende Etikett.

Bei den Vertretern dieser Theorie wird die Stellung des Eigentümers weit zurückgedrängt. Der private Eigentümer soll von der Verteilung der Nutzungsrechte an der öffentlichen Sache völlig ausgeschlossen werden. Auch bei der

1) Vor allem Köttgen in 'Gemeindliche Daseinsvorsorge' insbesondere S.28; vgl.weiter bei Forsthoff aaO (9) S.366 f; Hardinghaus aaO S.35. Dagegen vor allem W. Weber aaO S.163: "Öffentliche Wege sind als solche nur zum Gemeingebrauch und ... auch zu bestimmten ... Oberflächensondernutzungen gewidmet, nichts weiter". Ebenso noch in AÖR 84/137 (161) Klaus Stern; auch M.Bauer 'Einzelfragen' S.41 f.

2) Köttgen aaO.

3) AaOS.35.

4) AaO S.28.

Überspannung mit Leitungen oder der Aufnahme von Versorgungsleitungen in die Wegesubstanz soll er nicht mitwirken, eben weil auch insoweit das Eigentum der öffentlich-rechtlichen Zweckbindung unterliegt¹⁾.

Praktisch richtet sich der Stoß dieser Theorie in erster Linie gegen die privatrechtliche Nutzung vor allem des Wegegrundes durch den jeweiligen Eigentümer, der meist ja der Staat selber in der Gestalt einer Gemeinde ist. Daher entzündet sich der Streit auch vor allem an dieser Frage.

Auch hier ist es wieder Köttgen, der mit Prägnanz den Kern des Problems formuliert hat. Er sagt²⁾: "Das Wesen nimmt im Arsenal der Machtmittel der Gemeinde einen bedeutsamen Platz ein". Ähnlich spricht auch Huber³⁾ diesbezüglich von einem "détournement de pouvoir" und hier ist auch die Stelle, an der die Formulierung von der "Flucht ins Privatrecht" ihren Platz hat⁴⁾.

Die Entwicklung, daß dem privaten Eigentümer das Recht zur Verteilung der Nutzungen genommen und in die Hände eines öffentlichen Sachherrn gelegt wird, entspricht

1) M.Bauer meint aaO, daß dies fast auf die Annahme eines öffentlichen Eigentums hinauslaufe, womit sie nicht so Unrecht hat. Allerdings sind ihre Bedenken zur Rechtsgrundlage der dargestellten Theorie nicht zu teilen: Es werde hierdurch eine "Veröffentlichung" stattfinden, die ein unserer Rechtsordnung fremdes Rechtsinstitut einführe.

2) AaO S.25.

3) Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd.I S.566.

4) Zu diesem Problemkreis vgl.insbesondere bei Heusser 'Flucht', der strikt gegen jede Vermischung von Privatrecht und öffentlichem Recht gerade auch auf dem Gebiet der wirtschaftlichen Nutzung ist.

allein der Bedeutung, die den öffentlichen Sachen heute zukommt. Gerade die Aufgaben der Daseinsvorsorge sind Aufgaben des Staates, die im öffentlichen Interesse verfolgt werden. Diesen öffentlichen Zwecken sind die öffentlichen Sachen dienstbar zu machen; vor allem der Grund und Boden der Straßen und Wege. Hatte der öffentliche Sachherr bisher nur dafür zu sorgen, daß die privaten Nutzungen nicht den widmungsgemäßen Gemeingebrauch beeinträchtigten, und war er insoweit auf eine Abwehrfunktion beschränkt, so wandelte sich diese Aufgabenstellung durch die Veröffentlichung der übrigen Nutzungen. Nunmehr kommt ihnen die Ausgleichsfunktion zwischen beiden, auf gleicher öffentlich-rechtlicher Ebene nebeneinanderstehenden Nutzungsarten zu.

Dieser ganze Aufgabenkreis ist zusammengefaßt worden unter dem Begriff der "öffentlichen Sachwaltung"¹⁾. Sie entfaltet sich im Rahmen der Daseinsvorsorge und scheidet damit als Instrument der fiskalischen Erwerbswirtschaft sowohl wie der Wirtschaftslenkung aus. Die öffentliche Sachwaltung macht die öffentliche Sache unmittelbar und vollständig einem Zweck öffentlicher Verwaltung dienstbar.

Hier ist also kein Raum mehr für eine privatwirtschaftliche Betrachtungsweise des Wegeuntergrundes. Vor allem bei den sogenannten Konzessionsverträgen²⁾ zeigt sich, daß hier öffentliche Verwaltung betrieben wird.

1) Hardinghaus aaO S.152 ff.

2) Vgl. dazu ders. aaO S.127 f und vor allem Stern in AÖR 84 S.137-187 und 273-300.

Mit dieser Entmachtung des privaten Eigentümers der öffentlichen Sachen und der Übertragung seiner Befugnisse auf den öffentlichen Sachherrn ist der entscheidende Schritt hin zu einer rein öffentlich-rechtlichen Betrachtung der öffentlichen Sachen getan. Maunz hatte in seiner Habilitationsschrift ausgeführt, "... unter Loslösung der Sachträgerschaft vom 'privaten' Eigentum und der Ablehnung einer Zwischen- oder Mittelstellung der öffentlichen Sache zwischen öffentlichem und privatem Recht (sind) die gesamten Rechtsverhältnisse um die öffentliche Sache in das Verwaltungsrecht zu verlegen"¹⁾. Dieser Forderung entsprach die erweiterte Zweckbindungstheorie bis auf einen Punkt. Sie ließ das Privateigentum bestehen an der öffentlichen Sache, indem sie es nur der Nutzungsrechte entkleidete.

Bei aller Radikalität konnte auch Köttgen²⁾ sich nicht entschließen, das Institut des Privateigentums ganz aufzugeben. Vielmehr interpretierte er das Eigentum im Sinne des heutigen Verständnisses der öffentlichen Zweckbindung. Was allerdings an eigentlicher eigentumsrechtlicher Befugnis übrigbleibt, sagt er nicht.

1) Hauptprobleme S.313.

2) Vgl. Daseinsvorsorge S.33.

2.33 Die absolute Zweckbindungstheorie und ihre Ablehnung des öffentlichen Eigentums

Die absolute Zweckbindungstheorie will dem Bedeutungswandel der öffentlichen Sache Rechnung tragen, indem sie die Nutzungsordnung völlig der privatrechtlichen Sphäre entzieht und dem öffentlichen Recht unterstellt.

"Die Wandlung der Funktion der öffentlichen Sache hat zu einer Wandlung der Nutzungsordnung geführt. Es ist rechtlich nicht mehr möglich, irgendeine Nutzung auf das private Eigentum an der öffentlichen Sache zu stützen"¹⁾.

Wie Köttgen, so können sich auch die Vertreter dieser Theorie, zu denen vor allen Hardinghaus²⁾ und Stern³⁾ zu rechnen sind, trotz aller Entschiedenheit, mit der sie die öffentliche Sache allein dem öffentlichen Recht unterstellen, nicht von der Figur des Privateigentums trennen. Sie scheint ihnen eine letzte Sicherheitsgarantie vor dem Abgleiten in den ihnen gefährlich erscheinenden Abgrund eines öffentlichen Eigentums.

1) Hardinghaus aaO S.115.

2) AaO.

3) In VVDStRL 21/183 ff und in AÖR 84/137 und 273 ff.

2.331 Die Ansicht Hardinghaus und
seine Begriffe der Potentialität
und der Verkehrsfähigkeit

Hardinghaus¹⁾ meint, wer das private Eigentum an öffentlichen Sachen weiter zurückdränge, als das nach der Theorie der beschränkt öffentlichen Sache bisher üblich gewesen sei, gerate in den 'Geruch', das öffentliche Eigentum einführen zu wollen. Daher fordert er, daß das private Recht dort bewahrt werden müßte, wo es noch eine sachliche Berechtigung habe. Diese sachliche Berechtigung ergebe sich aus der Tatsache, daß das Privateigentum denjenigen bezeichne, der nach Entwidmung Inhaber des Vollrechts werde. Dies genügt ihm, das Institut des öffentlichen Eigentums abzulehnen. Er gibt zu²⁾, daß der private Eigentümer der öffentlichen Sache keinerlei Einflußmöglichkeit auf die Nutzung und die äußere Gestalt der öffentlichen Sache habe. Er verweist insoweit auf Stern³⁾, der in diesem Zusammenhang davon spricht, daß das Privatrecht "nur noch die statische Position, die Sache nicht zur res nullius werden zu lassen" habe. Er meint, dadurch bleibe die privatnützige Verwendungsfreiheit des Eigentums potentieell erhalten. Den hier neu eingeführten Begriff der Potentialität benutzt er, um die seines Erachtens ausreichenden privatrechtlichen Berechtigungen zu umschreiben, die es ihn gerechtfertigt erscheinen lassen, das Privateigentum an der öffentlichen Sache bestehen zu lassen und ein öffentliches Eigentum abzulehnen. Das private Eigentum an der öffentlichen Sache stelle insoweit

1) AaO S.148.

2) AaO S.142.

3) VVDStRL 21/203.

eine gewisse Kontinuität zwischen der öffentlichen Sache und der aus ihr durch die Entwicklung hervorgegangenen privaten Sache her¹⁾.

Es muß bestritten werden, daß man diese "Potentialität" als Privateigentum beschreiben kann. Hardinghaus sagt doch selber²⁾, daß, wenn man den privaten Eigentümer zur Verfolgung der Ziele des allgemeinen Wohles zwingen würde, dies die Aufhebung des Privateigentums bedeuten würde. Da er dies für unzulässig hält, folgert er daraus, daß die gesamte Nutzung dem öffentlichen Recht unterstellt werden müsse und jeder private Eigentümer von der Einflußnahme auf die öffentliche Sache ausgeschlossen werden müsse. Würde man dieser Forderung nicht nachgeben, so meint er, daß das private Eigentum nur noch eine leere Schablone, eine Maske sei, hinter der leicht "der starke Mann" der öffentlichen Sache erkannt werden könne, nämlich der öffentliche Sachherr. Er erkennt also sehr wohl, daß die absolute Unterstellung der öffentlichen Sache unter das öffentliche Recht sich nicht mit der herkömmlichen Definition des Privateigentums vereinbaren läßt, aber zieht daraus nicht die einzig richtige Konsequenz, ein Institut des öffentlichen Eigentums unter völliger Ausschaltung des Privateigentums einzuführen, sondern greift auf den Begriff Potentialität zurück. Der Inhalt dieses Begriffs Potentialität kann aber unmöglich Privateigentum genannt werden. Im günstigsten Falle würde es sich um eine Art Anwartschaftsrecht handeln. Es muß als inkonsequent erscheinen, auf der einen Seite auszuführen, daß der Privateigentümer zur Verfolgung der Ziele des allgemeinen

1) AaO S.142.

2) AaO S.114.

Wohles nicht gezwungen werden könne, da dies die Aufhebung des privaten Eigentums bedeute, auf der anderen Seite aber eine viel schwächere, kaum mehr wahrnehmbare Position eines Anwartschaftsrechts ausreichen zu lassen, um das Institut des Privateigentums an öffentlichen Sachen bestehen zu lassen.

In dem hier eingeführten Begriff der Potentialität scheint das anzuklingen, was mit dem Begriff Konsolidationslage¹⁾ gemeint ist. Staudinger²⁾ führt dazu aus: Das dingliche Recht des Dritten an der Sache bringe das Eigentum nicht teilweise zum Erlöschen, sondern hemme es nur in seinen Wirkungen, und wenn eine gesetzliche Beschränkung beseitigt werde, so müsse dem Eigentümer die entsprechende positive Befugnis nicht ausdrücklich wieder verliehen werden, sondern sie lebe von selbst wieder auf. Es verbleibe dem Eigentümer auch trotz einer Beschränkung, soweit diese Raum lasse, eine konkurrierende, gleichartige Herrschaftsbefugnis. Der Unterschied zu der hier beschriebenen privatrechtlichen Situation zum öffentlichen Recht ist aber, daß im Fall der öffentlichen Sache eben kein Raum gelassen ist, um eine nur irgendwie geartete konkurrierende, gleichartige Herrschaftsbefugnis eines Privateigentümers zuzulassen.

Die Charakteristika des Instituts des Privateigentums sind oben beschrieben worden³⁾. Man kann daher nicht sagen, daß ein bloßes Anwartschaftsrecht ausreicht, um das Institut des Privateigentums zu retten. Herbert Krüger⁴⁾

1) Vgl. zur "Konsolidationslage" des Eigentums in Motive zum BGB aaO Bd.3 S.263.

2) Kommentar zum BGB (11) Vorbem. zu § 903 Rdn.18.

3) Vgl.oben S. 122 ff

4) AaO S.152.

hat formuliert: "Man sieht an der Funktionswandlung der öffentlichen Sache, wie wenig die Kategorie Privateigentum geeignet ist, das Verhältnis zwischen Herr und Sache und vor allem den Sinn dieser Herrschaft richtig zu bezeichnen. Über diese Diskrepanz kommt man nicht dadurch hinweg, daß man das Privateigentum mit einer durch die Widmung umschriebenen öffentlich-rechtlichen Hypothek belastet". Man könnte hinzufügen, daß man ebensowenig mit Hilfe einer wie auch immer gearteten Potentialität über diese Diskrepanz hinwegkommt. Das, was Hardinghaus als Inhalt des Privateigentums genügen läßt, ist nicht Privateigentum. Angemerkt sei, daß auch die Dienstbarkeiten der §§ 1018 ff BGB immer nur einen beschränkten Ausschnitt der aus dem Eigentum fließenden Befugnisse ergreifen¹⁾.

Es mag Fälle geben, in denen der ehemalige Privateigentümer ein Interesse daran hat, für den Fall, daß die Sache aus dem Bereich der öffentlichen Sachherrschaft entlassen wird, das volle private Eigentum zurückzuerwerben, obwohl angemerkt sein mag, daß in den meisten Fällen schon vor der Widmung die öffentliche Sache sich im Privateigentum des öffentlichen Sachherrn befinden wird²⁾, wodurch die Bezeichnung eines Berechtigten überhaupt überflüssig wird. Diese wenigen Ausnahmen wird man besser über einen öffentlich-rechtlichen Rückübereignungsanspruch abwickeln³⁾. Im Rahmen der umfassenden öffentlich-rechtlichen Nutzung und der allein richtigen Ansicht von dem absoluten Vorrang des öffentlichen Interesses vor den Privatinteressen ist kein Raum mehr für ein irgendwie geartetes Privateigentum, das diesen Namen verdienen würde.

1) Vgl. Staudinger Einl. zu §§ 1018 ff Rdn. 3; Westermann Sachenrecht § 28 I 3 spricht von "Eigentumssplittern".

2) So auch Hardinghaus a.a.O. S. 115.

3) Vgl. dazu Marschall Komm. zum FernStr.G S. 234, anders Sieder-Zeitler, die hier einen privatrechtlichen Anspruch annehmen. Werner Weber überschätzt m.E. die Schwierigkeiten einer solchen seltenen Rückabwicklung (VDDStRL 21/171ff).

Wird eine im Privateigentum stehende Sache einer absoluten öffentlich-rechtlichen Nutzung zugeführt und ist der Privateigentümer nicht mit dem öffentlichen Sachherrn identisch, so bedeutet dies eine Enteignung im hergebrachten Sinne des Wortes mit allen Folgen des Rechtsverlustes und dem Ausgleich für diesen Verlust in Form eines Entschädigungsanspruchs¹⁾. Es handelt sich bei der Unterstellung einer privaten Sache unter das Regime des öffentlichen Rechts in der Tat nicht um eine lautlose²⁾, d.h. versteckte, heimliche Enteignung, sondern um eine in aller Offenheit vorgenommene Beseitigung und Übertragung der privatrechtlichen Berechtigungen an der Sache. Hardinghaus verneint zu Recht die Frage Gieseke³⁾:

"Verbietet wirklich die allerdings von der Weimarer Verfassung bewußt abweichende Fassung der Eigentumsartikel 14, 15 GG einen zeitgemäßen Wandel der Rechtsformen des Wasserrechts in der Bundesrepublik? Muß man künstlichen Konstruktionen wie dem gesetzlichen Eigentum an natürlichen Wasserläufen bzw. an ihrem Bett den Schutz dieser Artikel angedeihen lassen?" Es ist oben⁴⁾ darauf hingewiesen worden, daß Art.14 Abs.1 Satz 2 GG zeigt, daß Art.14 Abs.1 Satz 1 GG eben gerade nicht den im bürgerlichen Recht vorgefundenen und mit "Eigentum" etikettierten Normenkomplex verfassungsrechtlich "eingefrieren" läßt, sondern nur die Grundstruktur des Eigentumsinstituts als individuelle Herrschaftsbefugnis gesetzeständig festgelegt wissen will. Entweder liegt ein Fall

1) Auf die hieraus zu ziehenden Folgerungen für die Widmung und die Form der Zustimmung siehe unten S. 213/215 ff

2) So richtig Hardinghaus aaO S.115

3) AaO und Gieseke-Wiedemann WHG S.265

4) Oben S.124 unter Hinweis auf Rupp, Grundfragen S.235 f.

der echten Legalenteignung vor¹⁾, oder aber der vom öffentlichen Sachherrn unterschiedene Privateigentümer hat der vollen öffentlichen Sachherrschaft vor der Widmung zugestimmt und damit nach Ansicht der Vertreter der absoluten Zweckbindungstheorie einer weit über den Gemeingebrauch hinausgehenden Nutzung. Das bedeutet aber im Rahmen der absoluten Zweckbindungstheorie für den Privateigentümer einen Untergang seiner privaten Verfügungsrechte an der Sache und eine Umwandlung seiner privatrechtlichen Berechtigungen in öffentlich-rechtliche Zwecke und eine Übertragung der Ausübung und Aufsicht auf den öffentlich-rechtlichen Sachherrn. Die Konsequenz dieser Umschaffung für den Fall einer Unterstellung unter das öffentliche Recht ohne Zustimmung der Verfügungsberechtigten ist daher auch nicht mehr Nichtigkeit, sondern höchstens Rechtswidrigkeit und damit Anfechtbarkeit des Unterstellungsvorgangs. Artikel 13 des Bayerischen Straßen- und Wegegesetzes sagt das für den Fall des Gemeingebrauchs ganz deutlich: "Ist der Träger der Straßenbaulast für eine Straße nicht Eigentümer der Grundstücke, die für die Straße in Anspruch genommen sind, so steht ihm ... die Ausübung der Rechte und Pflichten des Eigentümers in dem Umfang zu, wie es die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs erfordert".

Daß dem Privateigentümer bei dem Vorrang der öffentlich-rechtlichen Nutzung keine nennenswerten Rechte mehr verbleiben, ergibt sich auch daraus, daß in einer Reihe von Gesetzen ausdrücklich ein Rechtsanspruch gegen den

1) Vgl. z.B. das Hamburger Gesetz über die Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse (HGVBl. 64/79), in dem die in einer Anlage aufgeführten Flurstücke mit Inkrafttreten des Gesetzes in öffentliches Eigentum überführt wurden.

öffentlichen Sachherrn auf Übernahme des für den Privateigentümer wertlos gewordenen Grundstücks statuiert ist¹⁾.

Werner Weber²⁾ hat den Versuch unternommen, nachzuweisen, daß häufig keine Deckung von Eigentum und Sachherrschaft vorliege, und er hat daraus den Schluß gezogen, daß das Eigentum im privatrechtlichen Sinne kein überflüssiges Relikt und daher eine Beseitigung nicht empfehlenswert sei. Dies ist in den von ihm aufgeführten Fällen, z.B. bei Leihgaben an Museen, angemieteten Grundstücken oder von auf Grund des Bundesleistungsgesetzes angeforderten Gegenständen fraglos richtig. Denn hier hat die private Eigentumsfunktion noch eine echte Bedeutung; sie ist kein überflüssiges Relikt und wird wohl auch kaum als solches behandelt werden. Nur die Fälle, in denen die Einführung eines öffentlichen Eigentums gefordert wird, stellen sich ganz anders dar und sind mit den Beispielen Werner Webers nicht identisch. Derselbe Einwand ist auch gegen Langer³⁾ und seine Beispiele der Widmung von im Eigentum Privater stehenden Sachen vorzubringen.

Daneben ist schon vor langer Zeit⁴⁾ ein hier versteckter Fehlschluß offengelegt worden: Aus der Tatsache, daß Sachen im Eigentum Privater in gleicher Weise dem öffentlichen Dienst gewidmet werden können wie Sachen im Privateigentum des Staates schließt er, daß, wenn die dem öffentlichen Dienst gewidmeten Sachen Privater weiterhin ohne Schaden für die öffentlichen Zwecke im Privat-

1) Vgl. z.B. im HWG § 60 Abs.I.

2) In VVDStRL 21/171 ff.

3) Langer Ausgangslinien S.21 ff.

4) E. Satz Diss. aaO S.15.

eigentum stehen, dies für die öffentlichen Sachen auch möglich sein müßte. Und da es nur ein Eigentum, nämlich Privateigentum¹⁾ nach BGB gäbe, mußten sie es auch.

Dabei handelt es sich hier um zwei verschiedene Fragen. Denn es ist nicht ersichtlich, daß die mögliche Widmung von Sachen, die im Privateigentum eines Einzelnen stehen, im Ergebnis genauso behandelt werden muß wie die des Privateigentums des Staates.

Für den Privaten, der ein Stockwerk an die Post vermietet²⁾, stellt eben diese Vermietung einen Ausfluß seiner privatrechtlichen Nutzungsmöglichkeiten dar. Er verwendet seine Sache im Rahmen der Möglichkeiten der §§ 903 ff BGB privatnützig zur Gewinnerzielung. Praktisch ist es für ihn gleichgültig, ob er an Private oder den Staat vermietet. Wie der Mieter diesen ihm überlassenen Teil nun verwertet (als Wohnung oder ihn durch Widmung einer öffentlichen Nutzung zuführt), daraus ist noch kein Beweis gegen die Möglichkeit des öffentlichen Eigentums abzuleiten.

1) Langer a.a.O. S.34 f.

2) Beispiel bei Langer a.a.O. S.21.

Endlich erscheint es auch als unrealistisch, zu meinen, daß über die Konstruktion eines Privateigentums als Potentialität die Verkehrsfähigkeit der öffentlichen Sache erhalten bleibe¹⁾. Mit dem Begriff der Verkehrsfähigkeit ist hier nur eine Verkehrsfähigkeit im Sinne des Privatrechts gemeint, denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die öffentliche Sache im Rahmen des öffentlichen Rechts und in den Formen oder auf dem Boden des öffentlichen Rechts verkehrsfähig ist. Voraussetzung dafür ist nur, daß der Empfänger ebenso befähigt ist, öffentliche Verwaltung zu betreiben wie der Verfügende²⁾. Aus diesem Grund heißt es auch in § 5 des Baden-Württembergischen Wassergesetzes, daß über öffentliches Eigentum durch Privatrechtsgeschäft nicht verfügt werden kann.

Die Erhaltung der privatrechtlichen Verkehrsfähigkeit allein kann nie begründen, daß an einer Sache Privateigentum besteht oder bestehen bleiben soll. Es ist nicht danach zu fragen, ob das möglicherweise bestehende Privateigentum einen Sinn behält, indem es qua einer irgendwie gearteten Potentialität eine gewisse Kontinuität zwischen der öffentlichen Sache und der aus ihr durch die Entwicklung hervorgehenden privaten Sache herstellt, sondern ob sich aus dieser Eigenschaft allein das Bestehen eines Privateigentums nachweisen lassen kann. Ob dieses Recht

1) So Hardinghaus a.a.O. S.143.

2) Vgl. zu dem Unterschied zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Verkehrsfähigkeit Stritter Öffentliches Eigentum S.16, Maunz a.a.O. S.128 und schon Otto Mayer (2) II S.111.

dann übertragbar, d.h. ob der Eigentümer über eine so reduzierte Rechtsposition verfügen kann¹⁾, ist für die Frage nach dem Sinn eines Weiterbestehens des Privateigentums ohne Bedeutung.

2.332 Die Ansicht Sterns

Ebenso wie Hardinghaus kann auch Stern²⁾ sich nicht dazu durchringen, das Institut des öffentlichen Eigentums in seine Konstruktion der öffentlichen Sache einzubauen. Er meint zwar, daß die öffentliche Sache aus der privatrechtlichen Ordnung herausgelöst und in öffentlich-rechtliche, verwaltungsrechtliche Organismen eingefügt werden müsse. Obwohl er sehr richtig erkennt, daß die öffentliche Sache nicht als mit privatrechtlichen Schranken versehen aufzufassen sei, sondern als Einrichtung, die durch einen öffentlich-rechtlichen Akt geschaffen und darum ausschließlich nach öffentlichem Recht geordnet werden müsse, und darüber hinaus zugibt, daß dem Privateigentum keine Funktion als die, die Sache nicht zur res nullius werden zu lassen, zukomme³⁾, wagt er nicht den entscheidenden Schritt zum Institut des öffentlichen Eigentums. Wenn Stern auf der einen Seite meint, durch die Eliminierung privater Rechtspositionen an der öffentlichen Sache sei eine konstruktive Lösung der öffentlichen Sache angebahnt⁴⁾, auf der anderen Seite dann aber meint, "die For-

1) Hardinghaus aaO S.143.

2) In VVDStRL 21/183 ff.

3) AaO S.202.

4) AaO S.204.

mel vom öffentlichen Eigentum hat sicher etwas Bestechendes ..., aber ich meine, man sollte mit dem Begriff 'öffentlich' sparsam umgehen"¹⁾, so erscheint dies im höchsten Maße inkonsequent.

Es besteht auch nicht die Gefahr, daß die Sache zur res nullius wird. Im Sinne des Privatrechts mag es zwar keinen Eigentümer mehr geben, doch an seine Stelle ist der öffentlich-rechtliche Sachherr getreten. Ihm stehen nun alle Rechte und Pflichten an der Sache zu. Es hat ein Wechsel im Subjekt stattgefunden. Der Ansicht Sterns scheint unausgesprochen die Befürchtung zugrundezuliegen, die öffentliche Sache werde im Sinne des bürgerlichen Rechts herrenlos, wenn man nicht in irgendeiner Form das Privateigentum erhalte. Diese Befürchtung ist schon von anderer Seite geäußert worden²⁾; aber es ist ein Fehlschluß zu meinen, wenn man öffentliches Eigentum statuiere, dann seien die Sachen im öffentlichen Eigentum im Sinne des Privatrechts herrenlos mit der weiteren Folge, daß sie dem bürgerlich-rechtlichen Aneignungsrecht und der Ersitzung gemäß §§ 927, 928 BGB offenstünden. Vielmehr ist der Wirkungsbereich der §§ 927, 928 BGB, wie auch die Anwendung aller anderen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften von dem Moment an, in dem Sache in das öffentliche Recht integriert ist, ausgeschaltet. Stern sagt zwar³⁾, er halte die Lehre vom öffentlichen Eigentum einer Restauration nicht für würdig. Sie sei in ihrer Grundkonzeption verfehlt angelegt, weil ihre Konstruktionsmittel öffentliche Gewalt und

1) A.a.O. S.262.

2) Schultze-v.Lasaulx, Stenographische Berichte S.6.

3) A.a.O. S.189.

Eigentum der Funktion und Idee der öffentlichen Sache als einer leistungsverwaltungsrechtlichen Institution nicht gerecht würden. Er übersieht dabei aber, daß eben dieses Moment der öffentlichen Gewalt bei einer modernen Definition des öffentlichen Eigentums ausgeschaltet werden kann. Wenn er dann fortfährt, daß für die moderne Problematik der öffentlichen Sache nicht entscheidend die Eigentumslage, sondern die Rechtsmacht, erstens eine Sache in Verwaltung zu nehmen und kraft dieses Verwaltungsrechts sie öffentlich-rechtlich zu institutionalisieren und zweitens zu bestimmen, nach welcher Ordnung und in welchen Rechtsformen sie von der Öffentlichkeit genutzt werden dürfe, so scheint er hier den entscheidenden Schritt über den Rubikon getan zu haben. Aus diesen Ausführungen zieht er dann¹⁾ den richtigen Schluß, daß von einer öffentlichen Sache nur dann gesprochen werden sollte, wenn es sich um Sachen handle, die durch einen Rechtsakt des öffentlichen Rechts einen besonderen institutionellen Status erhalten, der ebenso wie die Rechtsbeziehungen zu den Benutzern durch Rechtssätze des öffentlichen Rechts geregelt sei. Nicht zweckgebundene Nutzung, sondern substantielle Ordnung durch Normen des öffentlichen Rechts sei maßgeblich, da die öffentliche Sache, wie auch die juristische Person des öffentlichen Rechts, beide aus der privatrechtlichen Ordnung herausgelöst seien und in öffentlich-rechtliche, verwaltungsrechtliche Organismen eingefügt worden seien im Sinne einer Parallelität zwischen beiden. Eigentlich ist nun nicht mehr verständlich, warum er das Institut des öffentlichen Eigentums ablehnt. Bettermann sagt²⁾, es sei bezeichnend, daß Stern einerseits das öf-

1) AaO S.195.

2) AaO S. 242.

fentliche Eigentum ablehne, andererseits aber mehrfach von öffentlicher Sachherrschaft spreche. Denn Eigentum sei doch eine Form der Sachherrschaft. Und dann fortfährt mit der Frage, warum, wenn privatrechtliche Sachherrschaft Eigentum bedeute, dann nicht auch öffentlich-rechtliche Sachherrschaft in der Form des öffentlichen Eigentums möglich sein solle. Stern scheint in seiner Ablehnung des öffentlichen Eigentums einmal durch den von Otto Mayer stark betonten Gewaltaspekt¹⁾ beeindruckt worden zu sein und zum anderen durch seine Vorstellungen von der Bedeutung der öffentlich-rechtlichen Anstalt. Wenn er meint²⁾, der öffentlichen Anstalt wichen die Strukturformen der öffentlichen Sache, und die öffentliche Anstalt, die öffentlichen Sachen bereithalte, erweise sich letzteren gegenüber als Organisationsform einer höheren Ebene, so scheint in diesen Ausführungen der Grund für seine Abneigung gegen das Institut des öffentlichen Eigentums zu liegen. Dazu kommt seine Vorstellung von einem statusformenden Organisationsakt, der nicht nur die Verwendungsart der öffentlichen Sache, sondern auch den allgemeinen Inhalt und die möglichen Nutzungsverhältnisse präge³⁾.

1) Vgl. dazu oben S.133 ff

2) AaO S.200.

3) AaO S.214.

2.333 Schlußfolgerung und Ergebnis

Weder die Ablehnung des öffentlichen Eigentums durch Hardinghaus noch die durch Stern überzeugen. Beiden muß vielmehr, soweit es sich um die theoretische Konstruktion handelt, mangelnde Konsequenz bei dem Aufbau eines reinen und selbständigen öffentlichen Sachenrechts vorgeworfen werden. Weder ein nudum ius, noch eine Potentialität, noch die Aufgabe, die öffentliche Sache nicht zur res nullius werden zu lassen, kann die Beibehaltung des Privateigentums im Rahmen des öffentlichen Sachenrechts rechtfertigen. Anstatt an einem leeren Begriff des Privateigentums festzuhalten, ist eine radikale Lösung sowohl im Interesse der Stilreinheit als auch um die Abgrenzungsfrage dem freien Spiel des richterlichen Beliebens zu entziehen¹⁾, vorzuziehen. Dazu bietet die absolute Zweckbindungstheorie die grundsätzlichen Voraussetzungen, läßt es aber dann an der entscheidenden Konsequenz fehlen.

Es muß dabei zugegeben werden, daß die konkreten Auswirkungen des öffentlichen Eigentums sich nicht wesentlich unterscheiden von den Lösungen, die Hardinghaus und Stern im Rahmen der absoluten Zweckbindungstheorie vorschlagen, da ja bei beiden Autoren die privatrechtlichen Berechtigungen soweit zurückgedrängt werden, daß von einem Privateigentum im eigentlichen Sinne nicht mehr die Rede sein kann. Daher sind auch insoweit die Unterschiede der beiden Konstruktionen nicht besonders groß. Die unerfreuliche Zwitterlage

1) So Clasen in DöV 59/281 ff (282).

der öffentlichen Sache wird auch durch die absolute Zweckbindungstheorie reduziert.

Dabei ist aber nicht zu übersehen, daß die Rechtspositionen, die Hardinghaus und Stern genügen lassen, um das Privateigentum bestehen zu lassen, eben nicht mehr als Privateigentum bezeichnet werden können. Daher erscheint es besser, statt des "Privateigentums", das keinen Inhalt mehr hat, weil die Summe der Berechtigungen, die es ausmachen, in das öffentliche Recht transponiert sind, das neue Institut des öffentlichen Eigentums zu setzen. Wir haben es dann nicht mehr nur mit einer leeren Begriffshülse zu tun, sondern wie zu zeigen sein wird, mit einem brauchbaren Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts.

2.4 Das öffentliche Eigentum - Begriff und Umfang¹⁾

Kürzer und präziser als Otto Mayer vor nunmehr 50 Jahren²⁾ das öffentliche Eigentum definierte, kann man es auch heute nicht umschreiben. Er sagte: "Wenn demnach die Herrschaft des Gemeinwesens über seine öffentlichen Sachen nach öffentlichem Rechte zu beurteilen ist, so ergibt sich hieraus als Forderung die Idee eines öffentlichen Sachenrechts, vor allem die eines öffentlichen Eigentums, das nichts anderes ist, als ein öffentlich-rechtliches, ein öffentlich-rechtlich gedachtes Eigentum".

Es ist schon erwähnt worden, daß auch Bettermann³⁾ mit Recht an den Ausführungen Sterns kritisiert hatte, daß dieser zwar wiederholt den Terminus "öffentlich-rechtliche

1) Für das Institut des öffentlichen Eigentums haben sich neben dem BGH aaO und dem BVerwG aaO und den schon Genannten unter anderem ausgesprochen: Schultze-v.Lasaulx in Stenographische Berichte aaO S.3 ff und Ipsen aaO S.12 ff und ders.in VVDStRL 21/243 f, Bettermann am selben Ort S.242, desgl.Krüger S.239/244, Strick~~stock~~ aaO S.1119 ff, Herrenritt Verwaltungsrecht S.139, Sieder in Staatsbürger S.97 ff und ders.in Sieder-Zeitler WHG Vorbem. Rdn.9, Haas in DVBl. 62/653 (656). Dagegen haben sich neben den bisher Erwähnten ausgesprochen Schack in Stenographische Berichte S.14 f und ders.in DVBl. 61/897 ff, Scheuner RVerwBl.37/729 ff, Bullinger AÖR 88/90 ff, Thieme in VVDStRL 21/249, desgl. aaO Fußn.S.236 und Merk S.229 ff wie auch Salzwedel S.257 ff, ders.auch in DöV 63/241 (242), Peters Lehrbuch (5) 2o8, Ring Diss.S.4, Spanner Gutachten aaO S.2o. Vgl.auch Grundmann Kirchengemeinde und Vermögensrecht S.325, Langer aaO S.29, der sich aber in erster Linie gegen den von E.R.Huber in Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd.II S.6 ff gebrauchten Begriff wendet, der nicht mit dem vorliegend umschriebenen Begriff identisch ist, vielmehr eine Art von Gemeineigentum umschreibt.

2) DVerwR (2) II S.73.

3) Vgl. oben S. 171 f

Sachherrschaft benutze, sich aber gegen den Begriff eines öffentlichen Eigentums wende, obwohl doch Eigentum auch nur eine Form, wenn auch die vollkommenste, der Sachherrschaft sei.

Der Begriff des öffentlichen Eigentums ist daher dahin zu definieren, daß unter ihm ein Inbegriff aller auf eine Sache bezogenen, durch das öffentliche Recht geprägten Rechtsbeziehungen zu verstehen ist, eine uneingeschränkte öffentlich-rechtliche Sachherrschaft¹⁾. Eine Sachherrschaft, die durch kein entgegenstehendes Privatrecht gehindert ist, da an ein- und derselben Sache nur entweder ein Vollrecht des Privatrechts, also Privateigentum, oder des öffentlichen Rechts, also öffentliches Eigentum bestehen kann. Das eine Vollrecht verdrängt das andere. Privateigentum in der Hand des Staates kann die Voraussetzung für öffentliches Eigentum sein, aber nicht daneben weiterbestehen²⁾. Auf dieses öffentliche Eigentum finden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbesondere über den Besitz und das Eigentum, keine Anwendung. Es unterliegt im wesentlichen der Rechtsordnung des öffentlichen Rechts, und zwar sowohl den Normen des Verwaltungsrechts als auch denen des Verfassungsrechts. Dabei bedarf es allerdings der Regelungen zur Abstimmung mit kollidierenden Interessen von Privateigentümern. Vereinen sich in der Hand des Trägers der öffentlichen Sache aber die hauptsächlichen Berechtigungen und Verpflichtungen in Bezug auf eine Sache und sind diese voll dem Regime des öffentlichen Rechts unterstellt, so liegt öffentliches Eigentum vor.

1) So auch BVerwG Urt.v.16.Mai 1967 IV C 95.65.

2) Vgl. BGH in BGHZ 9/973 (380 f).

2.41 Öffentliches Eigentum bedeutet nicht Hoheit.

Bei einem modernen Verständnis des öffentlichen Eigentums ist zu betonen, daß es als Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts nicht mehr dadurch erkennbar wird, daß es sich in allen seinen Einzelheiten nach den Gesichtspunkten der Beteiligung der öffentlichen Gewalt und der Ungleichheit der Rechtssubjekte werde gestalten müssen. Vielmehr befindet sich der Bürger im Rahmen der Rechtsbeziehungen, die aus dem öffentlichen Eigentum entstehen, nicht in einem Über-Unterordnungsverhältnis. Er begegnet dem in dem Träger der öffentlichen Sache verkörpertem Staat auf der Ebene der Gleichberechtigung. Eigentum ist der Oberbegriff für ein Bündel rechtlicher Beziehungen die es umgeben, sichern, diese Beziehungen ordnen. Die Regelung dieser Rechtsbeziehungen macht die Rechtsordnung des Eigentums aus. Der Unterschied zwischen dem öffentlichen Eigentum und dem Privateigentum ist nicht, wie Otto Mayer es sah, daß sich diese Rechtsbeziehungen beim Privateigentum auf der Grundlage der Gleichheit, beim öffentlichen Eigentum auf der Grundlage der Ungleichheit vollziehen. Vielmehr allein, daß die Beziehungen sich einmal im Rahmen des Privatrechts, der Privatrechtsordnung, und zum anderen im Rahmen des öffentlichen Rechts abspielen und öffentliches Recht, modern verstanden, auf dem Gebiet der leistenden, der darreichenden Verwaltung nicht Hoheit, Gewaltunterworfenheit, Befehl bedeutet, sondern Erfüllung der dem Staat in einer sozialen Demokratie auferlegten Verpflichtungen gegenüber dem Bürger.

Stern¹⁾ erkennt richtig, daß die öffentliche Sache heute durch die Sozialstaatlichkeit determiniert ist und nicht durch die Patrimonialstaatlichkeit vergangener Zeiten, da sie durch die Verfassung als soziale Institution abgesichert ist. Er habe diesen Begriff eingeführt²⁾, um klarzumachen, daß die öffentliche Sache (und damit das öffentliche Eigentum als eines Vollrechts des öffentlichen Sachenrechts, sic.) ein Institut sei, das für alle Bürger vorhanden sei und mit optimaler Nutzung durch alle Bürger sowie durch spezielle Interessenten genutzt werde. Wichtig erscheint in diesem Zusammenhang vor allem die Abgrenzung gegen den Patrimonialstaat, in dem der Bürger auch gegenüber der leistenden Verwaltung in der Stellung des "gehorsamst Empfangenden" verharret, nicht aber als ein mündiger und anspruchsberechtigter Staatsbürger auftritt. Und unter Verweisung auf Forsthoff und Köttgen meint er³⁾: "Einigkeit besteht heute auch darüber, daß öffentlich nicht gleich staatlich ist. Die öffentliche Sache wurde nie als Staats-Sache empfunden, sondern immer als Sache des politischen Gemeinwesens! ... Die öffentliche Sache steht nicht nur in, sondern auch namens der Öffentlichkeit". Wenn es auch zweifelhaft erscheint, ob das "Nie" wirklich richtig ist, so wird das heutige Verhältnis zur öffentlichen Sache doch richtig beschrieben.

Otto Mayer geht in seinem öffentlichen Sachenrecht und damit auch bei der Definition des öffentlichen Eigentums noch von der Vorstellung einer gnädig gerechten, aber nichtsdestoweniger hoheitlichen Patrimonialstaatlichkeit

1) AaO S.211.

2) AaO S.261.

3) AaO S.194.

aus. Auch in dem Bericht des Sonderausschusses für das Hamburgische Wegegesetz¹⁾ wird der Gesichtspunkt der Sozialgebundenheit der öffentlichen Wege und damit einer besonderen öffentlichen Sache betont. Es heißt dort: "Die Wege sind voll und ganz sozial gebunden. Sie sind deswegen auch für den Hamburger Staat nicht Privateigentum wie etwa Liegenschaftsgrundstücke, die er beliebig nutzen und veräußern könnte. Die konsequente Einordnung der Wege in das öffentliche Recht durch ihre Statuierung als öffentliches Eigentum ist darum die einzig angemessene Lösung".

Der Staat bedient sich des öffentlichen Rechts nicht etwa, weil er regiert und hoheitlich handelt, sondern weil das öffentliche Recht für das staatliche Handeln auf Grund der Gesetzesunterworfenheit und des Imperativs der Rechtsstaatlichkeit und der Bindungen, denen es unterliegt, die einzig adäquate Rechtsform ist.

Man unterläge einem Irrtum, wenn allein die Tatsache, daß der Träger des öffentlichen Eigentums gegen einen Störer durch Verwaltungsakt vorgeht, einen Beweis dafür abgeben sollte, daß es sich beim öffentlichen Eigentum eben doch um eine Form der öffentlichen Gewalt handle. Es erscheint daher auch als unglücklich, wenn das Bundesverwaltungsgericht²⁾ davon spricht, daß es sich um ein "hoheitliches Verlangen" handle, wenn der Träger des öffentlichen Eigentums die Wiedergutmachung eines Schadens am öffentlichen Eigentum verlange. Der enge Begriff des Verwaltungsakts als einer mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommenen, verbindlichen Regelung eines Einzelfalles,

1) S.7 unter § 4 c) 1.

2) AaO

(in dem der Gewaltaspekt stark betont wird), wird vielmehr dahin überprüft werden müssen, ob nicht eine weniger hoheitliche Fassung den heutigen rechtsstaatlichen Gegebenheiten angepaßter ist. Vor allem ist der Gewaltaspekt in den Hintergrund zu rücken und mit dem Bundesverwaltungsgericht¹⁾ davon zu sprechen, daß die Entscheidung ein Verwaltungsakt ist, "weil sie auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wird". Der Verwaltungsakt ist die Umschreibung für das Tätigwerden des Staates, unabhängig davon, ob es sich um Regelungen oder Maßnahmen handelt, die den Einzelnen auf dem Gebiet der hoheitlichen oder nicht hoheitlichen Verwaltung berühren. Der Begriff des Trägers öffentlicher Gewalt darf daher in diesem Sinne nicht wörtlich verstanden werden als Ausdruck einer absolutistischen Staatsauffassung. Er wäre besser zu ersetzen durch 'Maßnahmen, die auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts erfolgen'. Verwaltungsakt ist die Handlungsform des Staates. Nichts weiter. Als solcher ist der Begriff neutral und erhält einen hoheitlichen Gewaltaspekt jeweils nur im Rahmen der Einzelfallgestaltung. Geht der Staat daher gegen den Störer des öffentlichen Eigentums durch Verwaltungsakt vor, indem er ihn zum Schadenersatz wegen der Beschädigung eines Chausseebaumes, der im öffentlichen Eigentum gestanden hat, heranzieht, so bedeutet dies nicht, daß er auf Grund des öffentlichen Eigentums hoheitlich gegenüber einem Gewaltunterworfenen gehandelt hat, sondern nur, daß er in der Form des öffentlichen Rechts gehandelt hat. Nicht Verfügungsgewalt über die öffentliche Sache, sondern Verfügungsbefugnis im Rahmen der Bindungen ist maßgeblich.

1) BVerwGE 13/47 (48 f); vgl. auch in Maunz-Dürig Rdn.11 zu Art.19/IV.

Die Befugnisse des Trägers des öffentlichen Eigentums¹⁾, des öffentlich-rechtlichen Eigentümers müssen durch objektives Gesetzesrecht bestimmt werden, da jede Verwirklichung des öffentlichen Interesses nach objektivem Recht verlangt²⁾. Es darf kein Raum frei sein für eine Autonomie, die sich einer Kontrolle entzieht, so wie im Privatrecht die Vertragsfreiheit den Kontrahenten, oder das Eigentum dem Eigentümer für eigennützige Verfügungen einen Freiheitsraum läßt, da das öffentliche Eigentum dem Träger nicht mehrere Möglichkeiten der Verwertung, d.h. der Form der Verwaltung gibt, sondern jeweils nur eine, die allerdings wechseln kann.

2.42 Die dem öffentlichen Eigentümer gegebene Verfügungsgewalt ist grundsätzlich verschieden von der des Privateigentümers

Der BGH³⁾ hat den Unterschied zwischen dem öffentlichen Eigentum bzw. dem öffentlichen Sachenrecht in der hergebrachten Lehre aufzuzeigen versucht. Er hat dabei zu Recht

1) Begriff des "Trägers" bei Köttgen Sachenrecht S.436.

2) Usteri Theorie S.201 ff, vgl.auch Heusser Flucht S.42, der meint, die Vermischung von Privatrecht und öffentlichem Recht enthalte eine Gefährdung, weil in ihr eine konstante Verletzung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und damit eine Untergrabung des Rechtsstaatsgedankens gesehen werden müsse. Ebenso aaO S.51: ... jede Willensbildung des Staates, die in Wahrnehmung des Gesamtinteresses erfolgt, stelle objektive Rechtsverwirklichung dar und gehöre daher in den Bereich des öffentlichen Rechts. Darauf, daß sowohl Usteri als auch Giacometti aaO einen extremen Standpunkt vertreten, weist Ule in VerwArch.52/425(426) sicher mit Recht hin.

3) In BGHZ 9 aaO.

herausgestellt, daß diese ältere Lehre das Verhältnis zwischen Staat und öffentlicher Sache grundsätzlich ebenso ansehe wie das Verhältnis zwischen dem Privaten und seinem Grund und Boden. Die Verfügungsmacht des letzteren über sein Eigentum entspreche der Verfügungsgewalt des Staates über die öffentliche Sache; Verwaltung im privaten Rechtskreis sei für diese Lehre im Wesen dasselbe wie Verwaltung der öffentlichen Hand in Bezug auf die öffentliche Sache. Er fährt dann fort, öffentliches Eigentum sei ausschließlich öffentlich-rechtliche Herrschaft über die natürliche Substanz "Boden, Haus, Fluß", während das Privateigentum privatrechtliche Herrschaft über jene natürlichen Substanzen ist. Damit umschreibt der BGH in seiner Entscheidung zwar die herkömmliche Auffassung vom öffentlichen Eigentum, stellt aber nicht den Kernpunkt einer modernen Definition heraus. Der Ausgangspunkt ist, daß im öffentlichen Recht sich von Anfang an eine Systematik verbietet, die vom subjektiven Recht ausgeht¹⁾, und daß sich die Besonderheit aus der wesensnotwendigen Bindung ergibt²⁾. Eigentum im Sinne des BGB ist eben subjektives Recht, das dem Eigentümer ein absolutes Recht in Bezug auf bestimmte Dritte verleiht. Dem öffentlichen Eigentum als einer Sachherrschaft des Staates über Grund und Boden, deren er zur Erfüllung seiner Verwaltungsaufgaben bedarf, als einem Rechtsinstitut für sachliche Verwaltungsmittel ist aber sowohl die Prägung von einem subjektiv Berechtigten her fremd als auch die Freiheit in der Verfügung, die das bürgerliche Eigentum jedem Rechtsinhaber verleiht. Mit Köttgen spricht man statt vom subjektiv Berechtigten besser von einem "Träger" des öffentlichen Eigentums³⁾. Er betont

1) Köttgen aaO S.433.

2) Ders. aaO S.435, auch zum Folgenden

3) AaO S.436.

zu Recht, daß die Freiheit des Privateigentums einer absoluten Gebundenheit an den Gesetzmäßigkeitsgrundsatz gewichen ist. "Das öffentliche Eigentum ist für die Verwaltung Ausübung einer Kompetenz, die Übernahme einer öffentlichen Verantwortung"¹⁾. Das Verhältnis zwischen Staat und öffentlicher Sache ist daher grundverschieden von dem Verhältnis zwischen dem Privaten und seinem Grund und Boden²⁾. Eigentum im Sinne des BGB impliziert die Freiheit, mit seinem Eigentum nach freiem Belieben umzugehen. Merkmal des öffentlichen Eigentums ist die Gebundenheit des Trägers an einen Zweck. Deshalb wird die Eliminierung auch der letzten privatrechtlichen Rudimente verlangt, da sonst dem öffentlichen Sachherrn eine wenn auch geringe Freiheit der Verfügung belassen wird³⁾.

1) Köttgen in VVDStRL 21/253.

2) Sievers DVBl. 62/77 (81) betont, daß die Nutzung der öffentlichen Sache im Gemeingebrauch von einem dem privatrechtlichen Eigentum geradezu entgegengesetzten Rechtsgedanken beherrscht werde.

3) In diesem Sinne spricht Zeitler in VVDStRL 19/208 (224) davon, daß das öffentliche Recht heute für die Lenkung staatlichen Handelns die geeignete Kardare sei.

2.43 Gegensatzpaare, die das öffentliche Eigentum vom Privateigentum unterscheiden

Beim öffentlichen Eigentum ist eine privatautonome Verwertung unmöglich, eine Verkehrsfähigkeit im Sinne des bürgerlichen Rechts ausgeschlossen. Nicht Verwertbarkeit, sondern Brauchbarkeit für den öffentlichen Zweck ist ausschlaggebend. Es besteht keine absolute Ausschließungsbefugnis gegenüber Dritten, vielmehr eine absolute Zulassungsverpflichtung gegenüber jedermann, soweit der Gemeingebrauch betroffen ist, und gegenüber jedem, der eine Berechtigung nachweisen kann, soweit die sonstigen Nutzungsmöglichkeiten gemeint sind. Verwertung im Sinne des BGB ist erst wieder möglich, wenn das öffentliche Eigentum aufgehoben und die betreffende öffentliche Sache wieder dem Privatrecht unterliegt.

Nicht Eigennützigkeit, sondern Fremdnützigkeit, eigenbestimmte Finalität, nicht fremdbestimmte Finalität sind die Merkmale des öffentlichen Eigentums. Seine Aufgabe ist es, einem öffentlichen Zweck zu dienen und damit nicht einem Einzelnen, sondern allen. Egoistische Motive bezüglich der besten Verwertbarkeit werden verdrängt durch die im Sinne der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung definierte Finalität. Diese Finalität bestimmt sich aus der öffentlichen Sache selbst, aus dem konkreten Zweck, dem sie dient, und ist nicht beliebig austauschbar. Erst in einem bestimmten formellen Verfahren, z.B. der Entwidmung oder Umwidmung, in dem nicht nur der Träger des öffentlichen

Eigentums, sondern auch die Nutzungsberechtigten bestimmte formelle und materielle Rechte zur Geltung bringen können, kann diese eigenbestimmte Finalität aufgehoben werden.

2.44. Aufgabe des Trägers des öffentlichen Eigentums

Die Aufgabe des Trägers des öffentlichen Eigentums bestimmt sich durch die Verpflichtung, darüber zu wachen, daß das Gebot der Gemeinverträglichkeit nicht verletzt wird. Er muß die Nutzungsinteressen der Berechtigten ausgleichen und miteinander abstimmen. Aus dem Gedanken der öffentlichen Zweckbestimmung der Sachen, die im öffentlichen Eigentum stehen, folgt, daß allen Nutzungsberechtigten die Pflicht obliegt, ihre Betätigung mit Rücksicht auf andere Beteiligte so auszuüben, daß deren Rechte nicht beeinträchtigt werden. Dabei muß beachtet werden, daß eine Unterscheidung zwischen Gemeingebrauch und sonstigen Nutzungen entfällt¹⁾. Diese Gemeinverträglichkeit ist quasi Definitionsbestandteil des öffentlichen Eigentums²⁾. Aus ihr folgt die Pflicht des öffentlichen Sachherrn, bei einem Verstoß eines Nutzungsberechtigten gegen diesen Grundsatz, gegen ihn vorzugehen. Hat er eine im öffentlichen Eigentum stehende Sache zerstört oder beschädigt, so ist der Schädiger verpflichtet, Schadenersatz zu leisten, da er insoweit gegen den Grundsatz der Gemeinverträglichkeit verstoßen hat. Die Heranziehung wird im Wege des

1) Vgl. Hardinghaus aaO S.139.

2) Vgl. zum Begriff der Gemeinverträglichkeit bei Scheuner Gemeinverträglichkeit S.83.

Verwaltungsakts vollzogen und im Rahmen des Verwaltungszwangsvollstreckungsgesetzes vollstreckt. Ebenso steht dem Einzelnen als Nutzungsberechtigtem ein Anspruch gegen den öffentlichen Eigentümer darauf zu, daß dieser seiner Verpflichtung nachkommt, die öffentliche Sache, das öffentliche Eigentum dem Nutzungsberechtigten zur Verfügung zu stellen. Verletzt der öffentliche Eigentümer diese Verpflichtung, so leiten sich die Schadenersatzansprüche des Berechtigten aus den Grundsätzen der Haftung nach § 839 BGB 34 GG her¹⁾.

1) Vgl. dazu unten S.242 ff

2.5 Die Entstehung des öffentlichen Eigentums

Bei der Entstehung der öffentlichen Sache ist zu unterscheiden, ob ihre Rechtsqualität ihren Grund in der natürlichen Beschaffenheit der öffentlichen Sache hat oder ob sie durch bewußte Handlung hervorgebracht wird¹⁾. Das gleiche gilt für die Entstehung des öffentlichen Eigentums, bei dem man zwischen originärem und derivativem öffentlichen Eigentum unterscheiden kann.

Ob originäres öffentliches Eigentum möglich ist, wird überall dort zu prüfen sein, wo öffentlichen Sachen in ihrer rechtlichen Qualifikation durch ihre naturbedingte Beschaffenheit bestimmt werden, z.B. Wasserläufe oder der Meeresstrand. Dabei wird es sich um eine Frage der Auslegung handeln im Rahmen der sogenannten institutionellen Methode.

Derivatives öffentliches Eigentum liegt vor, wenn zu irgendeinem Zeitpunkt an der betreffenden Sache bürgerlich-rechtliches Eigentum bestanden hat, dieses aber dann durch einen Kurationsakt, durch den die ursprünglich bürgerlich-rechtliche Sache dem öffentlichen Recht unterstellt wurde, in öffentliches Eigentum umgewandelt worden ist. Als Kurationsakt kommt dabei sowohl der Gesetzesbefehl, d.h. die in einem Gesetz statuierte Entstehung von öffentlichem Eigentum in Frage, als auch die Widmung, wenn man ihr eine Wirkung beilegt, die über die bloße Unterstellung der Sache unter den Gemeingebrauch hinausgeht.

1) Forsthoff VerwR (8) S. 332.

, 2.51 Originäres öffentliches Eigentum

Es ist zwar nicht unbestritten, ob es natürliche öffentliche Sachen gibt, also solche, denen diese Eigenschaft von Natur oder vermöge dauernder tatsächlicher Übung zukommt; und so ist auch zum öffentlichen Eigentum die Meinung vertreten worden¹⁾, daß es nur ein derivatives öffentliches Eigentum geben könne, d.h. daß auch das öffentliche Eigentum in jedem Fall seine Wurzel im bürgerlichen Sachenrecht haben müsse und daß bei allen Sachen im Gemeingebruch auszugehen sei vom Eigentumsbegriff des BGB. "Es kann kein jenseits der Vorschriften des BGB liegendes, kein originäres öffentliches Eigentum geben"²⁾. Bezeichnend ist allerdings, daß er dieser Meinung bei der Frage nach dem Rechtscharakter des Grundwassers untreu wird. Hier meint er, die Unterstellung des Grundwassers unter das öffentliche Eigentum stelle keine Enteignung dar, vielmehr handle es sich hierbei um eine Inhaltsbestimmung des Eigentums am Grundstück³⁾. Ganz problematisch wird diese Ansicht aber dann, wenn an der betreffenden Sache nie Privateigentum bestanden hat, so wie es der BGH in einer neueren Entscheidung für den Strand festgestellt hat⁴⁾.

Für Otto Mayer gab es keinen Zweifel. Er sagte: "Es gibt vor allem öffentliche Sachen, welche die Bestimmung,

1) Sieder in Staatsbürger 91 (97 f).

2) Ders.aaO, wobei sich seine Ablehnung aber nur auf die Entstehungsform des öffentlichen Eigentums bezieht. Grundsätzlich ist er ein Befürworter der Theorie vom öffentlichen Eigentum.

3) AaO S.98.

4) BGH Urteil vom 31.Mai 1965 in BGHZ 44/27.

einem öffentlichen Zweck zu dienen, schon vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit besitzen". Er meinte, sie seien freie Naturgaben für die Volksgemeinschaft, zu deren Land sie gehören, und ständen von jeher im Gemeingebrauch und unterlägen in steigendem Maße einer Überwachung und Fürsorge von seiten der Obrigkeit. Auch wenn sie im Rahmen der neueren Rechtsanschauungen öffentliche Sachen wie andere seien, so bliebe doch der wichtige Unterschied, daß der Staat sie nicht gemacht, sondern vorgefunden habe. "Der Erwerb des Eigentums, der sonst die Einleitung bildet, ist hier der Abschluß: der Staat erwirbt die Sache sofort als eine öffentliche"¹⁾.

Maunz knüpfte hieran²⁾ die kritische Bemerkung, von Natur aus könne eine Sache keinen bestimmten Rechtscharakter haben und daher sei die Otto Mayer'sche Konstruktion verfehlt. Von einem in den gewöhnlichen rechtlichen Formen sich vollziehenden Erwerb durch den Staat, etwa im Wege der Auflassung und Eintragung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, könne bei den sogenannten natürlichen öffentlichen Sachen keine Rede sein.

Daran ist sicher richtig, daß die Formulierung, der Staat "erwerbe" das öffentliche Eigentum, unglücklich ist, da von einem Erwerbsvorgang zumindest im Sinne des BGB nicht die Rede sein kann. Aber ein solcher Erwerb ist eben bei den natürlichen oder geborenen öffentlichen Sachen nicht notwendig. Es ist unzweifelhaft, daß das Herrschaftsrecht über eine Sache bürgerlich-rechtlich

1) AaO (2) II S.111, vgl.auch Schallenberg, Widmung S.10.

2) Hauptprobleme S.128.

beschafft werden kann¹⁾; aber das bedeutet nicht, daß in jedem Fall die öffentliche Sachherrschaft ursprünglich ihre Wurzeln in einem Privatrecht haben muß. Auch Maunz²⁾ hat seinen Standpunkt später modifiziert und ausgeführt, entweder sei eine öffentliche Sache dadurch eine öffentliche Sache, daß sie gewisse natürliche Eigenschaften aufweise, die sie für eine öffentliche Zwecknutzung von sich aus geeignet machten, oder aber sie werde durch die Widmung einer solchen Zwecknutzung eröffnet. Auch Otto Mayer wird nicht gemeint haben, daß die geborenen öffentlichen Sachen von Natur aus einen bestimmten Rechtscharakter hätten. Vielmehr wird der Vorgang, durch den diese öffentlichen Sachen dem öffentlichen Recht unterstellt wurden, eher als ein Hineinwachsen in einen rechtlichen Status zu verstehen sein. Es handelt sich bei ihnen um Dingwerte, die sich im Sinne einer hergebrachten Vorstellung von der Beherrschbarkeit einer Sache lange einer Rechtssystematik entzogen haben. Auch ist ihre Bedeutung für das staatliche Gemeinwesen erst spät entdeckt worden. Erst in einem hochindustrialisierten und eng besiedelten modernen Staat wurde z.B. das Wasser zu einem der kostbarsten Güter. Ebenso wie der Strand erst in der modernen Industriegesellschaft zu einem bedeutenden Faktor der Freizeitgestaltung geworden ist. Durch diese Entwicklung bedingt, wurde auch die Notwendigkeit einer rechtlichen Ordnung und einer Eingruppierung in eine Rechtssystematik verhältnismäßig spät erkannt. Nach und nach wurden die öffentlichen Sachen "ideenbezogene Institutionen", deren "normative Ausprägung auf einem einheitlichen und klaren Ordnungsprinzip, auf einer funktions-, sach- und

1) Haas DVBl. 62/654.

2) In DVerw Heft 22 S.7.

formgerechten Wertung beruhen muß, ... die im besonderen Integrationswert der öffentlichen Rechtsform liegt"¹⁾.

Der ursprüngliche Mangel einer fest umrissenen Rechtsform bedeutet aber nicht, daß diese Sachen sich einer Rechtssystematik entziehen. Die institutionelle Methode gibt das Handwerkszeug, mit dem man diese Rechtsphänomene erklären und deuten kann. Es kommt darauf an, "zu einer Art der Rechtsanwendung zu gelangen, die das positive Recht in seiner Strenge bestehen läßt, es jedoch im Zusammenhang mit den tragenden allgemeinen Rechtsgedanken versteht und handhabt". Dies sei das Anliegen der institutionellen Rechtsauffassung, der sich die "Rechtsordnung als ein sinnvolles Gefüge von Institutionen, d.h. von gestalthaften Rechtsgebilden" darstelle²⁾. Eigentum, auch öffentliches Eigentum ist ein solches Rechtsinstitut, mit dessen Hilfe die "normative Unförmigkeit des Gegenstandes auf einen ordnenden und disziplinierenden Begriff" zurückgeführt wird, der allein es möglich macht, über alle Lücken des normativen Rechts hinweg zur Geschlossenheit eines wissenschaftlichen Lehrsystems zu gelangen³⁾. "Das Verwaltungsrecht verfügt über einen Bestand positiver Rechtsnormen, der hinter den Rechtsgegebenheiten weit zurückbleibt"⁴⁾. Dieser Satz gilt vor allem für die Bewältigung des Problems der geborenen öffentlichen Sachen.

1) So Stern aaO S.192; vgl.auch Forsthoff (8) S.385.

2) Vgl.bei Forsthoff aaO S.151.

3) So ders. aaO S.153, der allerdings den Schluß nicht auf das öffentliche Eigentum anwendet.

4) Ders. aaO.

Will man diese geborenen öffentlichen Sachen in den rechtssystematischen Griff bekommen, so genügt es nicht, darüber zu streiten, ob sie ihren Status mit oder ohne Widmung erhalten haben¹⁾. Stern²⁾ spricht in diesem Zusammenhang von einem Organisationsakt, der die öffentlich-rechtlich institutionalisierte Sache entstehen läßt, fügt aber hinzu³⁾, daß der Organisationsakt auch auf Wohnheitsrecht beruhen kann.

Erkennt man die natürlichen öffentlich-rechtlichen Sachen an, dann werden sie voll in die Systematik des öffentlichen Sachenrechts eingeordnet werden müssen. Da öffentliches Eigentum absolute öffentlich-rechtliche Sachherrschaft unter Ausschaltung privatrechtlicher Berechtigungen bedeutet, werden demnach auch die natürlich öffentlich-rechtlichen Sachen, selbst wenn an ihnen nie Privateigentum bestanden hat, als im öffentlichen Eigentum stehend bezeichnet werden können, wenn keine privatrechtlichen Berechtigungen entgegenstehen⁴⁾. Dann aber haben wir es mit originärem öffentlichem Eigentum zu tun.

1) So meint Schallenberg Widmung S.7, die Beibehaltung und Erhaltung des öffentlichen Status sei ein obrigkeitlicher Akt, so daß auch die natürlichen öffentlichen Sachen in diesem Sinne ihren Status als öffentliche Sachen durch eine Widmung erhalten hätten. Ähnlich auch schon Otto Mayer (2) II S.11 und Wolff (5) S.320, der in diesem Zusammenhang davon spricht, der Meeresstrand sei durch Widmung kraft Wohnheitsrecht öffentliche Sache, nicht durch seine natürliche Beschaffenheit.

2) AaO S.195.

3) AaO S.196 Fußn.78.

4) Daß z.B. der Strand der Insel Norderney nie in bürgerlich-rechtlichem Eigentum gestanden hat, stellte der BGH in einem Urteil vom 31. Mai 1965 fest (BGHZ 44/27).

2.52 Derivatives öffentliches Eigentum

Derivatives öffentliches Eigentum setzt voraus, daß die öffentliche Sache irgendwann im Privateigentum gestanden hat. Dieses kann später entweder auf Grund einer gesetzlichen Regelung oder durch einen sonstigen Kreativekt (Widmung, Organisationsakt) untergegangen oder verdrängt worden sein.

2.521 Umwandlung des Privateigentums in öffentliches Eigentum durch Gesetzesbefehl

Am leichtesten sind die Fälle zu erklären, in denen das öffentliche Eigentum in gesetzlichen Regelungen eingeführt wird¹⁾. Der Hamburger Gesetzgeber hat in § 4 Abs.1 HWG festgelegt, "Grundflächen, die als öffentliche Wege gewidmet sind und der Freien und Hansestadt Hamburg gehören, stehen ... im öffentlichen Eigentum der Freien und Hansestadt Hamburg". Diese Regelung ist eindeutig und

1) Für die einzig zulässige Methode halten dies vor allem Hardingham aaO S.149, Merten Dissertation S.15, Marianne Bauer Einzelfragen S.41, wohl auch Forsthoff aaO (9) S.351 Fußn.3, Maunz DVerw Heft 22 S.8, Hauptprobleme bes. S.136 f, die beide meinen, das öffentliche Eigentum stehe mit der bestehenden Rechtsordnung nicht in Einklang, so auch Dürig VVDStRL 19/252. Dagegen ausdrücklich Clasen DöV 59/281 (289): Ich halte es nicht für notwendig, daß der Gesetzgeber bemüht werden muß, sondern das öffentliche Eigentum für vereinbar mit unserer heutigen Rechtsordnung. Ähnlich wohl auch Strickstrock in Der Betrieb 58/1119, auch Sieder Staatsbürger S.98, der beim Grundwasser meint, aus der Situationsgebundenheit ergebe sich die sofortige Unterstellung unter das öffentliche Eigentum.

klar. Dabei spielt es keine Rolle, in welcher Reihenfolge die beiden aufgestellten Voraussetzungen eintreten¹⁾.

In diesem Zusammenhang ist zweierlei zu unterscheiden. Die Vorschrift des § 4 Abs.1 HWG ändert das bisher für Straßengrundstücke geltende objektive Recht. An die Stelle der bisher geltenden Vorschriften über das bürgerlich-rechtliche Eigentum tritt das öffentliche Eigentum und seine Rechtsordnung. Da die meisten Hamburger Straßen und Wege zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Wegegesetzes am 1. Mai 1961 bereits im Eigentum der Hansestadt standen und dem öffentlichen Verkehr gewidmet waren, erschöpft sich die Wirkung des Gesetzes in dieser Umwandlung. Es entstand an den Straßen und Wegen mit dem Tage des Inkrafttretens der neuen gesetzlichen Regelung öffentliches Eigentum.

Anders im Falle des § 2 DOG²⁾. Hier ist von Bedeutung, daß durch diese Vorschrift zugleich in das subjektive Recht der einzelnen Grundstückseigentümer eingegriffen wird, da die von der Rechtsumwandlung betroffenen Grundstücke, soweit sie noch nicht im

1) Sieder a.a.O., S.98.

2) Ein Fall einer Legalenteignung über den Weg der Einführung des öffentlichen Eigentums findet sich im Hamburger Gesetz zur Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse a.a.O. In § 2 Abs.1 heißt es: "Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes entsteht öffentliches Eigentum im Sinne von § 4a des Hamburgischen Wassergesetzes

a) ...

b) an allen in der Anlage 1 aufgeführten Grundstücken".

Diese Grundstücke standen zum Teil im Privateigentum der Deichanlieger. Deshalb enthält § 5 eine genaue Entschädigungsregelung.

Eigentum des Landes Hamburg standen, nunmehr auf das Land Hamburg übertragen werden.

"Es wird also das bisher individuelle Zuordnungsverhältnis zwischen Rechtsträger und Sache nicht lediglich dem Inhalt nach geändert, sondern schlechthin beseitigt. Es wird ein neues Zuordnungsverhältnis begründet, das mit dem alten nicht identisch ist"¹⁾.

Im ersten Fall blieben also die sachenrechtlichen Zuordnungsverhältnisse dem Grunde nach bestehen, was für die Frage der in Art.14 GG vorgesehenen Entschädigungsregelung von Bedeutung ist. Beim DOG dagegen wird bei einer Reihe von betroffenen Grundstücken das Zuordnungssubjekt gewechselt. Es liegt hier ein Fall der "klassischen Enteignung" vor, in dem nämlich Grundstückseigentum entzogen und auf einen "Unternehmer" übertragen wird²⁾.

Dies gilt hinsichtlich derjenigen auf das Land Hamburg übertragenen Deichgrundstücke, an denen noch echtes bürgerlich-rechtliches Eigentum bestand. Insoweit ist die Rechtsumwandlung im Gegensatz zur Regelung im Hamburger Straßen- und Wegegesetz "nicht lediglich ein Akt objektiver, nur für die Zukunft geltender Rechtssetzung"³⁾.

1) BVerfG, Urteil vom 18.12.1969, S.38 = NJW 69/309 (310).

2) BVerfG a.a.O., S.39 = NJW a.a.O., S.310.

3) BVerfG a.a.O., S.40 und NJW a.a.O.

Im DOG ist also neben der Umschaffung in öffentliches Eigentum der Fall einer echten Legalenteignung gegeben. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Legalenteignung ist durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt worden¹⁾ und zwar sowohl hinsichtlich der durch Art.14 GG aufgestellten Erfordernisse als auch hinsichtlich Art.19 Abs.1 GG.

Allerdings hat das Verfassungsgericht deutlich gemacht, daß die Legalenteignung nicht zuletzt wegen der damit verbundenen Verkürzung des Rechtsweges und auf Grund der Entstehungsgeschichte und der Bedeutung des Art.14 GG die Ausnahme bleiben müsse: "Alle diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, daß die förmliche Enteignung durch Gesetz nach dem System des GG nur in eng begrenzten Fällen als zulässig angesehen werden kann"²⁾. Ein solcher Ausnahmefall wurde beim DOG anerkannt.

Liegt nicht nur eine Rechtsumwandlung ohne Veränderung des sachenrechtlichen Zuordnungssubjektes vor, sondern ein Übergang des betroffenen Grundstücks auf einen neuen Sachherrn, so muß außerdem das Entschädigungsgebot des Art.14 GG beachtet werden.

Für die Frage der Entschädigungsregelung ist dabei von Bedeutung, daß, wie das Verfassungsgericht ausgeführt hat, die in Art.14 Abs.3 GG zugelassene Enteignung begrifflich dadurch gekennzeichnet ist, daß das durch Art.14 Abs.1 Satz 1 GG gewährleistete Eigentum ganz oder teilweise im Interesse der Allgemeinheit entzogen

1) BVerfG a.a.O., S.42 ff = NJW a.a.O., S.311.

2) A.a.O., S.52 = NJW a.a.O., S.312.

wird, wobei der Entzug und der dadurch bewirkte Rechts- und Vermögensverlust, nicht aber die Übertragung des entzogenen Objektes das entscheidende Merkmal sei.

Es wird also jeweils überprüft werden müssen, ob die Rechtsumwandlung zu einem Verlust geführt hat, der so bedeutsam ist, daß er als eine Enteignung zu qualifizieren ist. In einem solchen Fall verwandelt sich die Bestandsgarantie des Art 14 GG in eine "Eigentumswertgarantie"¹⁾.

Weiter wird zu überlegen sein, ob jeder Wechsel der sachenrechtlichen Zuordnung die Entschädigungspflicht auslöst. Dies gilt besonders dann, wenn sich bei der Enteignung von Grundbesitz Gebietskörperschaften gegenüberstehen, also für die Enteignung der öffentlichen Hand durch die öffentliche Hand.

An dieser Stelle kann nicht auf die hier aufgezeigte Problemstellung näher eingegangen werden. Es mag nur angedeutet werden, daß zumindest bei Ressortenteignung, das heißt bei Identität der enteigneten und durch die Enteignung begünstigten öffentlichen Körperschaft kein Entschädigungsanspruch entsteht²⁾.

1) BVerfG a.a.O., S.45 = NJW a.a.O., S.311.

2) Vgl. zu diesem Problemkreis neuerdings
Fleischhauer, Enteignung.

2.522 Mit der Widmung oder dem Eigentums-
erwerb, wenn beide Vorgänge zu ver-
schiedenen Zeitpunkten stattfinden

Es ist denkbar, daß die Stadt erst das Eigentum am Wegegrund durch ein privatrechtliches Rechtsgeschäft erworben hat und ihn dann später dem öffentlichen Verkehr widmet. In diesem Fall entsteht öffentliches Eigentum im Augenblick der Widmung. Handelt es sich um eine Privatstraße, die noch im Eigentum eines Privaten steht, aber schon gewidmet ist, so entsteht öffentliches Eigentum in dem Moment, in dem die Stadt Hamburg im Wege eines privatrechtlichen Rechtsgeschäfts das Eigentum an dem Wegegrund erwirbt. Maßgeblicher Zeitpunkt ist dabei der für den Eigentumsübergang wesentliche Zeitpunkt des bürgerlichen Rechts. Diese Automatik ähnelt dem auch schon von Otto Mayer¹⁾ beschriebenen Entstehungsvorgang: "Eigentum und öffentliche Verwaltung durch die damit beherrschte Sache in der ausgeprägten Weise, auf die es hier ankommt, müssen zusammentreffen". Da bei diesem Vorgang insbesondere der Widmung rechtsumschaffende Kraft zukommt, sind an sie vor allem auch bestimmte Publizitätsanforderungen zu stellen²⁾.

1) A.a.O., S.108.

2) Vgl.unten S. 213 f

2.6 Die Widmung (der Organisationsakt) als Kreationsakt des öffentlichen Eigentums

Bei der Entstehung des öffentlichen Eigentums kommt der Widmung eine zentrale Bedeutung zu, da durch sie in den Fällen des derivativen öffentlichen Eigentums dieses neue Institut geschaffen wird¹⁾. Der Widmung wird also die Kraft beigelegt, das Privateigentum an einer Sache in öffentliches Eigentum zu transponieren, das Privateigentum umzuschaffen. Mit Recht wird daher darauf hingewiesen²⁾, daß die Antwort auf die Frage nach der Rechtsordnung der öffentlichen Sache sich oft schon aus der zum Umfang der Widmung vertretenen Ansicht ergebe.

Auch bisher wurde eine Sache durch die Widmung zumindestens teilweise in das öffentliche Recht transponiert. Der Umfang der Unterstellung unter das öffentliche Recht hing von der jeweils vertretenen Theorie zur Wirkung der Widmung ab. So wie die öffentliche Sache einen Bedeutungswandel durchmachte, mußte sich auch das Verständnis von der Rechtsnatur der Widmung wandeln. Dieser Wandlungsprozeß ist an anderer Stelle in Einzelheiten dargestellt³⁾. Vorliegend sollen nur die Auswirkungen dieses Wandlungsprozesses in Bezug auf das Institut des öffentlichen Eigentums aufgezeigt werden. Dazu gehört vor

1) Mit der einen Ausnahme im HWG für den Fall, daß die Sache bereits gewidmet war und der nach dem HWG notwendige Eigentumserwerb durch den öffentlichen Sachherrn nachfolgt. Hier ist der Eigentumserwerb maßgeblich.

2) Marianne Bauer aaO S.41.

3) Vgl. z.B. bei Hardinghaus aaO S.23, insbesondere Fußnote 22; Schallenberg aaO; zur älteren Lehre auch Forsthoff (8) S.333 Fußnote 3; auch Werner Weber aaO.

allem der von Stern neu eingeführte Begriff der Widmung als Organisationsakt.

2.61 Kritische Stellungnahme zum Widmungsbegriff im herkömmlichen Sinne

Otto Mayer nahm noch an ¹⁾, daß die Widmung keine obrigkeitliche Anordnung, kein Verwaltungsakt sei und keinen bindenden Ausspruch dessen enthalte, was Rechtens sein solle, und keiner Form bedürfe. Diese Theorie stieß zu Recht auf Ablehnung, da nach ihr eine klare Trennung des Rechtsvorgangs der Widmung von dem tatsächlichen Vorgang der Indienststellung unmöglich ist ²⁾. Allerdings war Otto Mayer nicht konsequent, denn er führte aus, entscheidend und abschließend sei der *W i l l e* der Verwaltung, durch welchen die hergerichtete Sache in den Dienst des öffentlichen Zwecks gestellt werde, "ihre Widmung zu diesem Zweck". Hier wird also vom 'Willen' der Verwaltung gesprochen, nur wird dieser 'Wille' von Otto Mayer nicht im Sinne eines Verwaltungsakts rechtlich qualifiziert. Eine Unstimmigkeit, die letzten Endes ihren Grund allein in der nicht zutreffenden Auffassung Otto Mayers von der Macht des Staates hat ³⁾.

1) VerwR (3) II S.58.

2) so Maunz in DVerw H 22/11, Schallenberg aaO S.7.

3) Maunz, Hauptprobleme S.125.

Der Rechtscharakter der Widmung ist allgemein dahin zu definieren, daß es sich um einen Rechtsakt handelt. Dabei hat die Widmung keinen unmittelbaren Adressaten und äußert sich nur mittelbar personenbezogen¹⁾. Nach der überkommenen Lehre beschränkte sich die Widmung auf den Widmungszweck, der gleichbedeutend war mit dem Gemeingebräuch. Demgemäß wurde zwischen dem widmungsgemäßen Gemeingebräuch und dem widmungsfremden Sondergebrauch unterschieden²⁾. Da der öffentliche Sachherr an den Widmungszweck gebunden war, bedurfte er für alle über den Gemeingebräuch hinausgehenden Nutzungen der Zustimmung des privaten Eigentümers. Diese Konstellation mußte notwendig zu Kollisionen führen zwischen den Interessen des privaten Eigentümers und den Nutzungsinteressen der Allgemeinheit³⁾. Wollte man diese Problematik lösen, so bot sich als Ausweg an, den Widmungszweck über die Eröffnung des Gemeingebräuchs hinaus zu erweitern und auf die sonstigen öffentlich rechtlichen Nutzungen an der Sache auszudehnen, so wie es Köttgen im Rahmen seiner Idee vom Weg als 'Mehrzweckinstitut' für das Straßen- und Wegerecht vorgeschlagen hat⁴⁾.

Diese Problemlösung erscheint Hardinghaus⁵⁾ als künstlich. Nicht der Weg über die Erweiterung des Widmungszweckes sei der richtige, sondern das Übel der Theorie

1) Schallenberg aaO S.76.

2) So noch Stern in AÖR 84/137 (159); und vor allem Werner weber aaO S.169 f; Hardinghaus aaO.

3) ders. aaO S.24.

4) Gemeindliche Daseinsvorsorge S.28 ff.

5) aaO S.10a f.

der beschränkt öffentlichen Sache liege in der Beschränkung der öffentlichen Sachzwecke auf den Widmungszweck. Diese Beschränkung sei überholt, da die öffentlichen Sachen heute nicht nur dem durch die Widmung bestimmten, sondern jeglichem öffentlichen Gebrauch eröffnet seien. Sie seien zur Gänze, in allen ihren Nutzbarkeiten wirkliche "öffentliche" Sachen. Hier drängt sich die Frage auf, wodurch die betreffende öffentliche Sache eigentlich den sonstigen öffentlichen Nutzungen eröffnet wird, wenn nicht durch den Widmungsakt. Bevor eine Sache gewidmet ist, ist sie Privatsache und steht in privatrechtlichem Eigentum. Durch die Widmung wird sie ins öffentliche Recht transponiert, jedoch nach Hardinghaus nur insoweit, als sie dem Gemeingebrauch dient. Wie läßt sich dann das Ergebnis erklären, daß sich auch die sonstigen Nutzungen einzig und allein nach öffentlichem Recht richten sollen? Geradezu magisch verwandeln sich alle privatrechtlichen Berechtigungen, die nach Hardinghaus zum Teil nicht von der Widmung und damit von dem Akt, der die Umschaffung vornimmt, ergriffen werden, in öffentlichrechtliche Berechtigungen. Hier erscheint es widersinnig, zu behaupten, das Übel der beschränkt öffentlichen Sache liege nicht in der Beschränkung des Widmungszweckes auf den öffentlichen Sachzweck, d.h. den Gemeingebrauch, sondern in der Beschränkung des öffentlichen Sachzwecks auf den Widmungszweck. Wenn schon die bürgerlich-rechtliche Sache durch den Widmungsakt ins öffentliche Recht transponiert wird, und dann sich alle Nutzungen sinnvollerweise nach öffentlichem Recht richten, so fragt sich, welcher Vorgang wenn nicht die Widmung die weitere Unterstellung unter das öffentliche Recht begründen soll.

Entgegen der dargelegten Ansicht wird der Widmungsbegriff folgerichtig dahingehend zu erweitern sein, daß die Widmung nicht mehr nur den Gemeingebrauch eröffnet, sondern die bisher im Privateigentum stehende Sache insgesamt ins öffentliche Recht transponiert. Das bedeutet keine Generalvollmacht für den öffentlichen Sachherrn; vielmehr wird die gewidmete Sache in ein festes Gefüge von öffentlich-rechtlichen Normen eingefügt. Das Verhältnis des unmittelbaren Zwecks (Eröffnung des allgemeinen Verkehrs auf der Straße) zu den anderen möglichen Nutzungen (Aufnahme von Versorgungsleitungen in den Straßenuntergrund) ist dann nicht mehr abhängig vom Widmungszweck, sondern ergibt sich aus der einzelnen gesetzlichen Regelung und den Prinzipien, an denen die Verwaltung ihr Handeln auszurichten hat, nämlich den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Gesetzmäßigkeit.

Die Widmung begründet die Öffentlichkeit der Sache und nicht nur den Gemeingebrauch, da dieser auf Gesetz beruht¹⁾. Auf Grund der meisten gesetzlichen Regelungen für die öffentlichen Sachen hat sowieso der Gemeingebrauch den Vorrang. Dadurch ist schon kraft Gesetzesbefehl der erstrangige Zweck der öffentlichen Sache festgelegt. Dazu bedarf es dann keiner Begrenzung der Widmung auf den Gemeingebrauch²⁾.

1) Vgl. Schallenberg a.a.O., S.76 und Wolff (5), S.319.

2) Im Wasserrecht ist es deutlich, daß die öffentliche Zwecksetzung sich nicht mehr im Gemeingebrauch erschöpft. Im WHG liegt der Schwerpunkt in der Behandlung des wasserwirtschaftlichen Sondergebrauchs, Sievers DVBl.62/77 (80). Vgl. auch Hardinghaus a.a.O., S.1§ Fußn.2.

2.62 Widmung als Organisationsakt und die Gesetzesabhängigkeit der Organisationsgewalt

Den Durchbruch von der Zweckgebundenheit der Widmung zu der Auffassung, es handele sich um einen reinen Organisationsakt, vollzieht Stern¹⁾. Widmung ist nach ihm nicht mehr Überweisung an einen Zweck, sondern Organisationsakt als Kurationsakt der öffentlichen Sache, der ein Abgrenzungskriterium schafft und das Zweckmoment eliminiert. Insbesondere soll dadurch die Widmung aus ihrer Beschränkung auf die Oberflächenennutzung gelöst werden²⁾. Die öffentliche Sache soll aus ihrer Zwitterstellung herauskommen und nicht mehr als Kollisionsbegriff aufgefaßt werden.

Es erscheint in der Tat überlegenswert, ob nicht statt des Begriffes der Widmung, der verbunden ist mit der Vorstellung einer Beschränkung auf den Gemeingebrauch, der Begriff des Organisationsaktes, so wie Stern ihn eingeführt hat, zu übernehmen ist. Der Vorgang der Umschaffung der privatrechtlichen Sache in eine öffentlich-rechtliche Sache und des Privateigentums in öffentliches Eigentum wird besser durch den Begriff des Organisationsaktes umschrieben.

Denn durch die Widmung wird die Sache in einen völlig neuen Status, in einen neuen Zusammenhang gestellt. Wird dieser Begriff übernommen, so ergibt sich die weitere Forderung, daß er nur im Rahmen der Gesetzes-

1) VVDStRL. 21/200.

2) A.a.O., S.260, dies gegen Werner Weber, a.a.O., S.163; gegen den Begriff des Organisationsaktes auch Merk in VVDStRL 21/231 und Über a.a.O., S.256, allerdings ohne nähere Begründung.

abhängigkeit der Organisationsgewalt¹⁾ gesehen werden darf. Haas hat die Problematik erkannt²⁾ und ausgeführt, daß, wer eine besondere Ordnung für öffentliche Sachen ins Auge fasse, an dem Problem der Kompetenzen nicht vorbeikomme. Durch die Widmung werde neues Recht in Wirkung gesetzt, auch wenn sich die Sache nicht im Eigentum des Widmenden befinde. Es ginge daher nicht an, daß der Träger der Einrichtung, der ohnehin nicht immer mit dem Eigentümer identisch zu sein brauche, beliebig widmen könne. Selbst wenn der Staat durch Gesetz Voraussetzungen, Rahmen und Rechtsfolgen abstecke, werde er an der Einführung dieser Rechtsfigur im Einzelfall beteiligt werden müssen. In der Tat würde es bedenklich sein, wenn es im freien Belieben der Verwaltung stünde, bestimmte Gegenstände ihres Verwaltungsvermögens, z.B. ein Krankenhaus, im Rahmen ihrer Organisationsgewalt in öffentliches Eigentum umzuwandeln. Es tritt hier eine Konkurrenz auf zwischen einem gesetzgeberischen Akt und einem auf eine konkrete einzelne Sache bezogenen Organisationsakt. Zwischen beiden läßt Stern³⁾ die Wahl. Er meint, daß der Organisationsakt seine Kraft aus der Organisationsgewalt des Staates schöpfe, die wohl mit dem Staat ipso iure gegeben sei, und jedenfalls, soweit Verfassungsrechtssätze und positive gesetzliche Regelungen nicht entgegen

1) Zur Organisationsgewalt vgl. vor allem Köttgen und Ermacora in VVDStRL 16, S.154 ff und 191 ff; ferner Böckenförde, Organisationsgewalt und neuerdings Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz.

2) A.a.O., S.657.

3) A.a.O., S.261.

stunden, den Sachherrn, der entweder bereits Eigentümer sei oder es durch Enteignung geworden sei, berechtige, einer Sache einen öffentlich-rechtlichen Status und eine öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung zu geben. Allerdings macht er Halt vor dem Privateigentum, dem er ja die statische Position, die Sache nicht zur res nullius werden zu lassen, zuschreibt. Stern¹⁾ meint: "Für die öffentlich-rechtliche Institutionalisierung des Verwaltungsapparates gibt der in der Verfassung liegende Verwaltungsauftrag, die Mission der Verwaltung, der Exekutive die Kompetenz, die für die Behördentätigkeit notwendigen 'Arbeitsaggregate' und Betriebsmittel öffentlich-rechtlich zu organisieren".

1) A.a.O., S.201.

Der Verwaltung wird nicht auf allen Gebieten des öffentlichen Rechts die Möglichkeit eingeräumt werden können, durch einen Organisationsakt im Rahmen ihrer Organisationsgewalt neues Recht zu setzen, insbesondere öffentliches Eigentum einzuführen. Es wird differenziert werden müssen zwischen einer Einzelfallregelung durch die Verwaltung und der Unterstellung einer Sache unter das öffentliche Recht im Rahmen eines durch die Legislative beschlossenen Gesetzes. Für den Einzelfall ist die Theorie, daß kraft Organisationsgewalt diese Einzelsache in öffentliches Eigentum überführt werden könne, abzulehnen¹⁾.

Die Begründung dieses Satzes greift über in den Bereich der Ab- und Umgrenzung der Organisationsgewalt der Verwaltung. Dabei sind drei verschiedene Bereiche im Rahmen einer Schrankensystematik zu unterscheiden²⁾.

Zum einen die verfassungsstrukturellen Direktiven und Schranken der Organisationsgewalt, die sich daraus ergeben, daß diese durch die vorgegebene Verfassungsstruktur determiniert ist. Desweiteren der Vorrang des Gesetzes oder, mit anderen Worten, das "Zugriffsrecht der Legislative auf die Organisationsgewalt"³⁾. Und letztlich die organisatorischen Gesetzesvorbehalte. "Während der Gesetzesvorrang (nur) das Konkurrenzverhältnis zwischen der legisla-

1) Wenn diese Möglichkeit auch für das einzelne Land verlockend wäre, da es dadurch von den Regelungen und Vorbehalten des BGB (Haas a.a.O., S.656) frei käme.

2) Vgl.dazu Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S.259.

3) So Böckenförde, Organisationsgewalt, S.103.

tiven und exekutiven Organisationsgewalt löst, umschreiben die organisatorischen Gesetzesvorbehalte jene Regelungsreservate, in denen eine Konkurrenz gar nicht auftreten kann, weil sie einem administrativen Zugriff verschlossen sind"¹⁾.

Im Rahmen dieser Schrankensystematik ergibt sich nun folgendes²⁾: In dem ersten Bereich ist auszugehen von der richtigen Erkenntnis, daß die Organisationsgewalt nicht neben den staatlichen "Gewalten" bzw. Grundfunktionen als selbständige Kompetenz steht, sondern in das System der Grundfunktionen, die die gesamte staatliche Tätigkeit in sich erfassen, einzuordnen ist³⁾.

Die Organisation der Verwaltung muß sich demnach harmonisch in die Verfassungsorganisation einfügen. Sie empfängt aus der Verfassungsstruktur Richtpunkte und Schranken⁴⁾. Hier erlangt Art.28 Abs.1 Bedeutung⁵⁾, der Schranken und Richtlinien nicht nur für die Organisation der Gemeinden und Gemeindeverbände aufstellt. Vielmehr ist im Zusammenhang mit Art.28 Abs.1 darauf hingewiesen worden⁶⁾,

1) Ossenbühl a.a.O., S.262/263.

2) Hier sei angemerkt, daß im Rahmen der vorliegenden Arbeit diese Problematik nur am Rande und nur cursorisch behandelt werden kann.

3) Böckenförde a.a.O., S.57 unter Hinweis auf Maunz-Dürig Rdn.4 zu Art.84.

4) Ossenbühl a.a.O., S.259 ff.

5) Ossenbühl a.a.O., S.260.

6) Vgl.oben Seite 63 ff

daß durch das Homogenitätsgebot auch die Abgrenzung der Bereiche des öffentlichen und des privaten Rechts erfaßt wird. Die Schaffung eines öffentlichen Eigentums berührt diese Grenzziehung, sie verschiebt die Grenze zum Nachteil des Privatrechts und zugunsten des öffentlichen Rechts. Aus dieser Überlegung kann sich wohl zu Recht die Forderung anschließen, daß Organisationsentscheidungen, die an diesem Punkt Veränderungen vornehmen, dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben müssen. Dies gilt auch für die Frage des Rechtswegs. Denn eine Folge der Umwandlung in öffentliches Eigentum und die Einordnung in die Systematik des öffentlichen Sachenrechts bedeutet einen Wechsel des Rechtswegs.

Der zweite Schrankenbereich ist für die Frage nach dem Umfang der Organisationsbefugnis der Verwaltung insoweit ohne Bedeutung, als hier das Recht der Legislative zum Ausdruck gebracht wird, durch gesetzliche Regelung in die administrative Organisation einzugreifen, wenn sie es für opportun hält. Hier geht es aber um die umgekehrte Frage, ob die Verwaltung regeln kann und nicht darum, ob auch der Gesetzgeber eine Organisationsbefugnis hat.

Wichtig ist aber der dritte Bereich, in dem der Gesetzesvorbehalt der exekutiven Selbstorganisation eine Schranke zieht. Dies wird deutlich, "wenn man zu der rechtsstaatlichen die demokratische Komponente des Gesetzesvorbehalts hinzunimmt. Danach obliegt es allein dem Parlament, die politisch bedeutsamen Entscheidungen, auch organisatorischer Art, zu treffen"¹⁾.

1) Ossenbühl a.a.O., S.269.

Diese Aussage ist zwar bezogen auf Institutionen im Sinne von Verwaltungseinheiten. Sie kann aber auch für eine so grundlegende Entscheidung wie die Einführung des öffentlichen Eigentums herangezogen werden. Böckenförde umschreibt diesen Bereich des Gesetzesvorbehalts als "notwendig institutionellen Gesetzesvorbehalts"¹⁾ und stellt zwei Prinzipien heraus, die eingehalten werden müssen: "1.) Die vollziehende Gewalt kann von sich aus keine Veränderung in der Substanz der staatlichen Hoheitsrechte und in ihrem eigenen verfassungsrechtlichen Status vornehmen. 2.) Die vollziehende Gewalt ist aus sich nicht zu Organisationsregelungen befugt, die den Gesamtaufbau, die politisch-soziale Grundordnung des Gemeinwesens betreffen bzw. verändern".

Den Grund für seinen Vorbehalt sieht er darin, daß materielle Verfassungsfragen grundsätzlich in die Kompetenz des demokratisch unmittelbar legitimierten Gesetzgebers fallen.

Dieser Gedanke wird durch Ossenbühl²⁾ ergänzt: "Solche Vorbehalte für politisch bedeutsame Regelungen gelten kraft ihrer demokratischen Basis für die gesamte Verwaltungsorganisation und machen nicht etwa vor der sogenannten Leistungsverwaltung halt".

Aus allem ergibt sich, daß für den Einzelfall die Theorie, kraft ihrer Organisationsgewalt könne die Verwaltung Einzelsachen oder Sachgesamtheiten in öffentliches Eigentum überführen, abgelehnt werden muß.

1) A.a.O., S.95/96.

2) A.a.O., S.269/270.

Anders dagegen, wenn es sich um eine Sache handelt, die im Rahmen einer in sich geschlossenen Gesetzesmaterie, wie z.B. dem Straßen- und Wegerecht oder dem Wasserrecht, der öffentlich-rechtliche Status beigelegt werden soll. Aus der exakten Regelung des öffentlich-rechtlichen Status in der jeweiligen gesetzlichen Regelung ergibt sich, daß das Erfordernis der Gesetzesabhängigkeit der Organisationsgewalt erfüllt ist.

2.63 Umfang der Widmung und ihre Abhängigkeit von der Verfügungsbefugnis über die zu widmende Sache

Es ist zwischen der Befugnis, eine Sache überhaupt durch den Organisationsakt der Widmung dem öffentlichen Recht zu unterstellen und dem Umfang der Widmungsbefugnis im Einzelfall zu unterscheiden. Erstere fließt aus der Organisationsgewalt des Staates und unterliegt den beschriebenen gesetzlichen Bindungen. Letztere ruht in der Verfügungsbefugnis über die betreffende Sache.

Entgegen der Ansicht von Hardinghaus¹⁾ ist es nicht notwendig, auch nicht für die Schaffung von öffentlichem Eigentum, daß bei einer beabsichtigten vollständigen Unterstellung unter das öffentliche Recht unter Ausschaltung jeglicher privatrechtlicher Berechtigungen die Verfügungsbefugnis in der Form des Privateigentums vorliegen muß. Vielmehr kann auch der Nichteigentümer durch die Widmung öffentliches Eigentum schaffen, wenn ihm durch die Zustimmungserklärung des Berechtigten die absolute Verfügungsbefugnis über die zu widmende Sache eingeräumt ist.

Somit entfällt der Einwand, daß dem Institut des öffentlichen Eigentums nur eine begrenzte Brauchbarkeit zukomme, da es erfordere, daß die Widmung im Eigentum ruhe und somit alle die Fälle, in denen der Widmungsberechtigte nicht Eigentümer sei, ausschieden²⁾. Vielmehr wird von Fall zu Fall zu entscheiden sein, ob der Umfang der Verfügungsbefugnis des Widmenden und der Zweck der Widmung es zulassen, auch nach erfolgter Widmung noch Privateigentum an der gewidmeten Sache anzunehmen, wenn der öffentliche Sachherr nicht Eigentümer ist.

Wird eine bisher als Privatstraße im privatrechtlichen Eigentum stehende Straße mit der Zustimmung der bisherigen Privateigentümer ohne Einschränkungen dem öffentlichen Verkehr gewidmet, so folgt schon aus dem Umfang der Widmung, daß die Privatstraße von nun an völlig dem öffentlichen Recht untersteht und dem Privateigentümer keine wie auch immer gearteten Befugnisse

1) aaO S.148.

2) Hardinghaus aaO.

an dieser Straße mehr zustehen. Ein Ergebnis, dem auch die Vertreter der absoluten Zweckbindungstheorie zustimmen werden. Das aber heißt nichts anderes, als daß auf Grund der dem öffentlichen Sachherrn uneingeschränkt eingeräumten Verfügungsbefugnis, die Sache einem öffentlichen Zweck zu widmen, das Privateigentum durch die Widmung umgewandelt worden ist in öffentliches Eigentum.

Denkbar sind aber auch solche Fälle, in denen einem Träger öffentlicher Sachherrschaft z.B. durch einen Mietvertrag nur eine beschränkte Verfügungsbefugnis über eine bestimmte Sache übertragen wird. In einem solchen Fall kann die Widmung, soll sie rechtmäßig sein und nicht mit einem Fehler behaftet, die Sache nur in dem Umfang ins öffentliche Recht transponieren, der durch das zugrundeliegende Privatrechtsgeschäft gestattet ist. In einem solchen Fall geht das Privateigentum nicht unter, da durch die Begrenzung der Widmungsbefugnis im Wege einer nur teilweisen Übertragung der Verfügungsbefugnis durch den Privateigentümer ein Untergang seines Privatrechts verhindert wird.

Die fachliche Weisung zum HWG enthält daher den Hinweis¹⁾, daß die Widmung sowohl auf bestimmte Nutzungsarten (z.B. Fußgängerverkehr) als auch räumlich (z.B. Wegeoberfläche) beschränkt werden kann und ordnet an, daß eine solche Beschränkung jeweils durch einen Zusatz zur Widmungsverfügung zum Ausdruck gebracht werden müsse.

1) Abgedruckt in Grapengeter - Grewe H II 1 b / 2.02.

Dabei steht es im Belieben des einzelnen Gesetzgebers, in verwaltungsrechtlichen Einzelgesetzen die Voraussetzungen für das Entstehen des öffentlichen Eigentums jeweils individuell zu regeln. Statuiert der Hamburger Gesetzgeber in § 4 Abs.1 HWG, daß Grundflächen, die als öffentliche Wege gewidmet sind u n d der Freien und Hansestadt Hamburg g e h ö r e n , im öffentlichen Eigentum stehen sollen, so ist hiergegen nichts einzuwenden. Das aber heißt nicht, daß dies die einzige Möglichkeit für das Entstehen von öffentlichem Eigentum ist.

Weist Hardinghaus also zu Recht darauf hin, daß die Widmung nicht im Eigentum ruhe, so unterliegt er bei der Schlußfolgerung, daß deshalb dem Institut des öffentlichen Eigentums nur ein beschränkter Anwendungsbereich verbliebe, einem Irrtum. Denn auch beim öffentlichen Eigentum ruht die Widmung in der Verfügungsbefugnis. Nach dem Umfang der jeweils dem Widmenden eingeräumten Verfügungsbefugnis muß im Einzelfall entschieden werden, ob nach der Widmung von den privatrechtlichen Berechtigungen an dem Sachsubstrat so viel bestehen geblieben ist, daß von Eigentum im Sinne des BGB gesprochen werden kann.

- 2.64 Die Widmung als Organisationsakt kann enteignenden Charakter haben; sie ist daher in diesen Fällen mit einer Entschädigungsregelung zu verbinden

Clasen meint¹⁾, die Widmung komme einer Rechtsnorm nahe und könne daher eine öffentliche Sache schaffen. Er hält die rechtsgestaltende Kraft der Widmung für ausreichend, das betreffende Objekt nicht nur in eine öffentliche Sache sondern auch in öffentliches Eigentum umzuwandeln, und kommt daher zu dem richtigen Ergebnis, daß der Widmung deshalb enteignende Kraft beigelegt werden könne und sie mit einer Entschädigungsregelung zu verbinden sei²⁾.

Diesem Gedankengang ist logische Folgerichtigkeit zu bescheinigen. Der Widmung kommt insoweit eine Doppelwirkung zu, als sie sowohl die Sache dem öffentlichen Recht unterstellt als auch die Rechtsposition des bisherigen Eigentümers zerstört.

1) A.a.O. S.283 unter Verweis auf das römische Recht.

2) A.a.O. S.284.

An der Notwendigkeit, eine Entschädigungsregelung zu treffen, wird auch die absolute Zweckbindungstheorie nicht vorbeikommen. Da die Vertreter dieser Theorie meinen, dem Eigentümer verbleibe nur eine "Potentialität" bzw. eine "statische Position" und diese Rechtspositionen, wenn sie überhaupt noch als solche bezeichnet werden können, sicherlich nicht mehr Eigentum im Sinne des Art. 14 GG sind, da durch diese Norm nicht nur das Institut des Privateigentums als solches geschützt und garantiert wird sondern auch eine Aushöhlung verhindert werden soll, kommen sie nicht umhin, eine Entschädigungsregelung vorzusehen.

Wird der Widmung aber enteignende Kraft beigelegt, so sind an die Form der Widmung erhöhte Ansprüche zu stellen. Es muß eine bestimmte Form und größtmögliche Publizität gefordert werden¹⁾.

In § 6 Abs.1 Satz 3 HWG heißt es daher: "Die Widmung ist im Amtlichen Anzeiger bekanntzumachen". Darüberhinaus sind alle Wege in einem Wegeverzeichnis (§ 9 HWG) aufzuführen. Dieses soll für jedermann ersichtlich Auskunft geben über das Bestehen und den Umfang einer Widmung und stellt insoweit eine öffentliche Urkunde dar, die die Vermutung der Richtigkeit für sich hat²⁾.

Zum Umfang der Widmung heißt es in der Fachlichen Weisung: "Die Widmung muß hinreichend bestimmt sein und eine genaue Beschreibung der zu widmenden Wegefläche (insbesondere der Lage), den Wegenamen und ggf. Angaben

1) Dazu vergl. Haas aaO 655.

2) aaO H II 1c.

über die Größe der Fläche (z.B. bei Plätzen)" enthalten¹⁾. Es ist ein Lageplan beizufügen, in "dem die zu widmende Fläche farbig zu kennzeichnen ist. Der Plan soll außerdem die Katasterbezeichnung des Grundstücks, auf dem die zu widmende Fläche liegt", enthalten²⁾.

2.65 Das Zustimmungserfordernis

Neben der Publizität und der Bestimmtheit der Widmung selber sind auch an die Zustimmung des jeweiligen Eigentümers der zu widmenden Sache ähnliche Anforderungen zu stellen.

Seiner Zustimmung kommt eine fast dingliche Wirkung zu, da er im ungünstigsten Fall sämtliche Berechtigungen an der Sache verliert³⁾. Sein Eigentum geht durch die Widmung unter, wenn durch sie öffentliches Eigentum entsteht oder die Sache ohne Einschränkung dem öffentlichen Recht unterstellt wird. Ohne die Zustimmung des Berechtigten darf daher nicht gewidmet werden. Wird gegen diesen Grundsatz verstoßen, so ist die Widmung zwar nicht nichtig, da dies zu weitgehende Folgen haben würde, sie ist jedoch anfechtbar

1) aaO H II 1b 2.o2.

2) aaO 1b 2.o3 vgl. Urteil OVG Hamburg vom 8. April 1965 Bf II 97/64.

3) Auf die Bedeutung der Zustimmung weist Haas, aaO S.657 zu Recht hin: "Am unerfreulichsten erscheint mir dabei, daß der "dingliche" Charakter dieser Zustimmung - möge sie auch dem öffentlichen Recht unterliegen - und ihre Wirkung auf die Einordnung der betroffenen Sache in das bürgerliche Recht nur selten erkannt wird".

Der Eigentümer muß seine Zustimmung schriftlich erteilen. Dabei ist Sorge zu tragen, daß die zu widmende Sache eindeutig bestimmt ist, bei Grundstücken durch die Angabe des Flurstücks usw.

Wesentlich ist, daß Klarheit über den Umfang der jeweiligen Widmung besteht. Nur dann kann der Berechtigte erkennen, wie groß sein Rechtsverlust ist. Um diesem Erfordernis Genüge zu tun, heißt es in einem Vordruck, der im Rahmen des Widmungsverfahrens gemäß § 6 Abs.1 HWG benutzt wird:

"Mir ist bekannt, daß die Freie und Hansestadt Hamburg nach der Widmung berechtigt ist, den Untergrund der gewidmeten Fläche zum Verlegen von Versorgungsleitungen in Anspruch zu nehmen und dieses Recht auch auf Dritte zu übertragen."

Da die Voraussetzungen für die Entstehung von öffentlichem Eigentum in Hamburg an die Eigentümerstellung des Staates gebunden ist, genügt diese Formulierung, um die Berechtigten auf den Umfang ihres Rechtsverlustes hinzuweisen.

- 2.7 Das öffentliche Eigentum macht den Träger der öffentlichen Sache nicht zum Vertreter des Gemeinwohles schlechthin

Die Theorie vom öffentlichen Eigentum bedeutet keine bedenklliche Überforderung des öffentlichen Sachherrn, da

sie ihn nicht zum Anwalt des Gemeinwohles schlechthin macht, sondern ihn sehr wohl auf den "widmungsgemäßen Gemein- oder Verwaltungsgebrauch" und den "widmungsfremden Publikumsgebrauch" beschränkt¹⁾.

Hardinghaus meint, das öffentliche Eigentum stelle in seiner Totalität der Macntzuordnung eine "subsidiäre Generalklausel" dar, die dem Staat praktisch jederzeit erlauben würde, zur Erreichung irgendeines öffentlichen Zieles unabhängig von dem unmittelbaren Zweck der öffentlichen Sache eine Koppelung durchzuführen. Das aber sei rechtsstaatlich bedenklich²⁾.

Dieser Einwand kann nicht überzeugen. Gerade durch das öffentliche Eigentum wird der Sachherr an die Verfolgung eines bestimmten öffentlichen Zweckes gebunden. Im Gegensatz zum Privateigentum kann er nicht willkürlich über die öffentliche Sache verfügen, auch nicht, wenn sie im öffentlichen Eigentum steht, da dieses seinem Träger keine absolute Verfügungsbefugnis einräumt³⁾.

Die Absolutheit der Verfügungsbefugnis mag zwar für das französische Recht zutreffen, im deutschen Recht besteht sie nicht. Im Verwaltungsrecht gilt der durch die Rechtsprechung herausgearbeitete Grundsatz, daß im Rahmen einer Zweckbestimmung nur dieser Zweck verfolgt werden darf, nicht aber jedes öffentliche Interesse im

1) Vgl. Hardinghaus aaO S. 149, der diese Befürchtung äußert.

2) So aaO S. 122.

3) Das betont schon Edith Satz aaO S. 21 vgl. auch Sievers in DVBl. 62/82.

Wege einer Koppelung. So dürfen im Baurecht die sogenannten Folgelasten nicht mit der Erteilung der Baugenehmigung gekoppelt werden. Im Gegenteil wird dem Träger der öffentlichen Sache durch die Eliminierung des Privateigentums, das autonome Verwertbarkeit und Verwendbarkeit impliziert, die Möglichkeit genommen, seine Stellung als bindungsfreier Privateigentümer im Sinne einer unbeschränkten Verfolgung des öffentlichen Interesses auszunutzen. Mit Recht wird gesagt, daß, weil dem Staat durch das Anwachsen seiner Macht im Gefolge der Ausweitung der Leistungsverwaltung die Möglichkeit gegeben sei, diese in Mittel des Zwanges umzusetzen, er ausnahmslos an dem Grundsatz festgehalten werden müsse, "daß die Verwaltung nur diejenigen Zwangsmittel anwenden darf, die ihr für den konkreten Fall gesetzlich zuerkannt" seien¹⁾. Durch die Einführung des öffentlichen Eigentums wird die Verwaltung dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz unterworfen. Dadurch wird es ihr im Gegensatz zu den Möglichkeiten, die ihr das Privateigentum einräumen würde, unmöglich gemacht, mit Hilfe dieses Eigentums einen unerlaubten Verwaltungszwang einzuführen.

Aus dieser Beschränkung des Trägers des öffentlichen Eigentums auf die Verfolgung eines bestimmten öffentlichen Zweckes kann nicht gefolgert werden, daß es sich deshalb nicht um öffentliches Eigentum handle, sondern nur um ein monistisches System, das eine öffentliche Sachordnung unter Ausschluß des Privaten wie des öffentlichen Eigentums herstelle²⁾. Da das öffentliche Eigen-

1) So Forsthoff VerwR (9) S.280.

2) So Hardinghaus aaO S.150 für das HWG.

tum in dem hier beschriebenen Sinne diese absolute Verfügungsbefugnis nicht enthält, kann auch das Fehlen nicht beweisen, daß es sich nicht um öffentliches Eigentum handelt.

D r i t t e r T e i l

Das öffentliche Eigentum als positive Norm

Zu den Grundlagen für die Konstruktion und für die Dogmatik des öffentlichen Sachenrechts gehören neben den allgemeinen Begriffen und neben den bestehenden Theorien vor allem die positiven Normen¹⁾. Auch der Begriff des öffentlichen Eigentums wird erst greifbar durch seine Ausformung in der Rechtsordnung²⁾, da ein theoretisch erarbeiteter Begriff sich immer dem Einwand gegenüber sieht, daß durch Interpretation der bestehenden Rechtsnormen allein ein neues Rechtsinstitut nicht geschaffen werden könne, vielmehr erst die Normierung dem neuen Begriff sozusagen die Weihe gebe. Daher befand sich Otto Mayer in einer ungleich schwierigeren Lage als ein heutiger Betrachter, da er bei seinem Versuch, das öffentliche Eigentum nachzuweisen, nicht auf positive Bestimmungen zurückgreifen konnte.

Heute liegen dagegen einige Gesetze vor, in denen das öffentliche Eigentum normiert worden ist. An erster Stelle sind dabei die Hamburger Regelungen zu nennen, und zwar das Hamburgische Wegegesetz vom 4. April 1961³⁾ und das Gesetz zur Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse vom

1) Maunz Hauptprobleme S.176.

2) Forsthoff (8) S.299.

3) HGVB1. S.117.

29. April 1964¹⁾, mit dem das Hamburgische Wassergesetz, in dem ursprünglich kein öffentliches Eigentum statuiert war²⁾, geändert wurde und öffentliches Eigentum an Hochwasserschutzanlagen (vgl. § 4 a HWaG) eingeführt wurde. Endlich das Baden-Württembergische Wassergesetz³⁾.

Die Brauchbarkeit des als theoretisch möglich nachgewiesenen Begriffes kann daher an der positiven Gesetzesnorm nachgewiesen werden.

1) HGVB1. S.79.

2) Die Inkonsequenz, die darin liegt, daß nicht auch im Hamburger Wassergesetz vom 20.6.1960 (HGVB1.S.335) öffentliches Eigentum eingeführt worden ist (vgl.§§ 4 und 104), ist jedenfalls nicht rechtsdogmatisch begründet etwa in dem Sinn, daß hieraus eine Abkehr von dem neuen Rechtsinstitut gesehen werden kann. Vielmehr handelt es sich eher um eine Folge der unterschiedlichen Zuständigkeiten in der Verwaltung und einer unter Fristdruck entstandenen, hastigen Übernahme des Musterentwurfs der Länder (Haas, Bodenrecht in Hamburg, S.31).

3) Vom 25. Februar 1960 (GB1. S.17).

1. Das Hamburgische Wegegesetz als Ergebnis einer konsequent öffentlich-rechtlichen Sachordnung

1.1 Die historischen Voraussetzungen für die Schaffung eines Instituts des öffentlichen Eigentums im Hamburgischen Wegegesetz

Wenn auch der Hamburger Gesetzgeber mit dem Begriff des öffentlichen Eigentums gesetzgeberisches Neuland betreten hat, so hat doch schon Behr¹⁾ auf die historisch bedingte scharfe Trennung zwischen Staatsgrund und öffentlichem Grund hingewiesen. Der Ausdruck "öffentlicher Grund" findet sich erstmals in einem berühmten Senatsbeschuß aus dem Jahre 1864, durch den das Vermessungsbüro angewiesen wurde, das fiskalische Grundeigentum des Staates als Staatsgrund und den zum allgemeinen Gebrauch dienenden Grund, das Areal der Straßen und Wege, als "öffentlichen Grund" zu bezeichnen. Demzufolge wurde dann dieser öffentliche Grund aus der Grundbuch getilgt. In der Begründung zum HWG²⁾ heißt es dann weiter, eine Bestätigung finde diese Praxis in § 124 des Baupolizeigesetzes vom 23. Juni 1882, in dem es hieß: "Durch die staatsseitige Übernahme der (Privat-) Straße wird dieselbe öffentliches Eigentum, und ist das Areal derselben im Eigentumsbuch ohne weiteres zu tilgen". Auf Grund

1) Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitung 1930 S.135 ff., vgl. auch Haas aaO S.30 ff.

2) S.32.

dieser Trennung kommt Behr zu dem Ergebnis, daß öffentliches Eigentum im Sinne Otto Mayers in Hamburg von jeher in positiver Geltung gestanden habe und dies nicht nur für die Straßen und Wege, sondern auch für die Deiche, Wasserläufe, öffentlichen Siele, Kanäle und Friedhöfe gelte¹⁾.

Edith Satz hat in einer Dissertation²⁾ versucht, diese Behauptung zu untermauern. Auf ihre Argumentation soll kurz eingegangen werden, da aus ihr teilweise durch den Hamburger Senat die Begründung für die Kompetenz zur Einführung eines öffentlichen Eigentums abgeleitet worden ist. Diese Kompetenz sollte sich aus der Tatsache ergeben, daß öffentliches Eigentum in Hamburg schon immer bestanden habe³⁾. Die Schwäche der Argumentation zeigt sich aber in der nicht sauberen Trennung zwischen einem Hoheitsrecht und dem öffentlichen Eigentum Otto Mayerscher Prägung. So sagt sie⁴⁾: "Daraus aber geht klar hervor, daß dem Hamburger Staat an dem öffentlichen Wegegrund kein Privateigentum zustand, sondern öffentliches Eigentum o d e r Hoheitsrecht; welches von beiden läßt sich nicht eindeutig bestimmen". Und bei der Zusammenfassung ihrer Ergebnisse meint sie, das Herrschaftsrecht des Staates werde manchmal als öffentliches Eigentum, meistens als Hoheitsrecht

1) AaO S.137.

2) 1932: Das öffentliche Eigentum in Hamburg, Fischers Zeitschrift 70/1934.

3) Vgl. Stenographische Berichte S.4 und die Begründung zur Senatsvorlage (Senatsantrag Nr. 138/1958) S.32 f. Maunz, Hauptprobleme S.136 FBN.286 hebt hervor, daß Edith Satz den interessanten Versuch gemacht habe, unter zutreffende Ablehnung des Privateigentums an öffentlichen Sachen zu erweisen, daß Otto Mayers öffentliches Eigentum mit dem Gliedstaatsrecht zu vereinbaren sei und als eine Weiterentwicklung des Hoheitsrechts betrachtet werden könne.

4) AaO.

bezeichnet, und fügt hinzu, es dürfe aus dieser Erscheinung zu schließen sein, daß in Hamburg Hoheitsrecht und öffentliches Eigentum für sehr ähnlich gehalten worden seien¹⁾. In diesem Zweifel, ob öffentliches Eigentum oder Hoheitsrecht gegeben sei, liegt der Ansatzpunkt für die Kritik an der Arbeit von Edith Satz. Die Kriterien des Begriffes des öffentlichen Eigentums sind von Otto Mayer erst nach 1900 herausgearbeitet worden. Vor diesem Zeitpunkt aber gab es keine klare Definition dessen, was öffentliches Eigentum sein sollte. Vielmehr wurde eben von einem Hoheitsrecht gesprochen, das aber insbesondere mit dem heutigen Rechtsinstitut des öffentlichen Eigentums nicht identisch war. Auch die Abschreibung aus dem Grundbuch zum öffentlichen Grund diente in erster Linie der Klarstellung, daß dieser Grund und Boden dem Rechtsverkehr des bürgerlichen Rechts entzogen sei. Daraus könne man nun nicht die Schlußfolgerung ziehen, daß nun dieser Grund und Boden jene prägnante Fixierung bekommen habe, "wie wir es heute unter öffentlichem Eigentum verstehen"²⁾.

Nachdem nunmehr im Hamburgischen Straßen- und Wegegesetz und im Gesetz zur Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse das öffentliche Eigentum eingeführt worden ist, ist es nicht mehr nötig zu untersuchen, ob das öffentliche Eigentum wirklich in Gestalt der Lehre von Otto Mayer in Hamburg Bestandteil des geltenden Rechts war. Haas meint³⁾: "Entscheidend scheint mir vielmehr, daß die ausschließlich

1) AaO S.45.

2) So Schultze-v. Lasaulx aaO S.4.

3) AaO S.30.

hoheitliche (oder öffentlich-rechtliche) Betrachtung der Wege, Deiche und Wasserläufe im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert (und natürlich erst recht früher) ganz eindeutig das Hamburger Rechtsdenken und Rechtsleben beherrscht hat. Da sich diese Tradition, in moderne Systematik übersetzt, für die Anforderungen der Gegenwart und überschaubaren Zukunft als günstig erwies, war es konsequent, sie im neuen Recht fortzusetzen".

1.2 Das öffentliche Eigentum an den Wegen und ihrem Zubehör im Hamburgischen Wegegesetz

Der Hamburger Gesetzgeber war der erste, der es unternahm, ein Landesgesetz auf dem Gebiet des Straßen- und Wegerechts zu schaffen. Die Rechtszerplitterung war im Hamburger Staatsgebiet besonders groß, da nicht nur eine Vielzahl von Stadt- und Ortsstatuten mit unterschiedlichen Regelungen sich noch in Kraft befanden, sondern durch die Eingemeindung ehemals preußischer Gebietsteile durch das sogen. Groß-Hamburg Gesetz im Jahre 1937 eine beträchtliche Anzahl von preußischen Gesetzen und Verordnungen übernommen wurden. Hamburg entschied sich in seinem Wegegesetz ausdrücklich gegen den Musterentwurf der Länder und für eine eigene Regelung, weil es die Ansicht vertrat, daß die in dem Entwurf enthaltene Regelung den Verhältnissen in dem Stadtstaat Hamburg nicht entsprach und mit der aufgezeigten Tradition nicht in Einklang stand¹⁾.

1) Vgl. Begründung zum Entwurf des HWG S.26 f.

Das Hamburger Wegegesetz enthält den Versuch, eine durchgehend öffentlich-rechtliche Regelung unter konsequenter Ausschaltung des bürgerlichen Rechts für den gesamten Bereich des Straßen- und Wegerechts zu schaffen. Durch die Einführung des Instituts des öffentlichen Eigentums hat der Gesetzgeber eine Geschlossenheit der rechtssystematischen Erfassung der Materie erreicht, die ohne dieses Institut nur unvollkommen wäre. Ausgangspunkt der Betrachtung müssen dabei die §§ 2 und 4 des HWG sein. In § 4 wird das öffentliche Eigentum an den öffentlichen Wegen eingeführt, und § 2 enthält eine enumerative Aufzählung des zu den Wegen gehörenden Zubehörs¹⁾.

Die Bestimmung des § 2 HWG entspricht im allgemeinen dem § 1 Abs. 4 FStrG. Als Konsequenz aus der Einführung des öffentlichen Eigentums und der Ausschaltung der Vorschriften des BGB ergab sich darüberhinaus die Möglichkeit, den Zubehörbegriff frei auszugestalten und Regelungen zu treffen, die von den §§ 93 ff. BGB abweichen (vgl. § 4 Abs. 4). Dadurch, daß auch der Luftraum über dem öffentlichen Weg diesem zugerechnet wird (vgl. § 2 Nr. 2), entfällt eine Anwendung des § 905 BGB.

Unter Gegenständen, die der Ordnung auf den Wegen dienen, werden z.B. Papierkörbe oder die von der Stadtreinigung aufgestellten Kästen für Laub und Unrat verstanden²⁾. Nicht zum Zubehör gehören dagegen z.B. die öffentlichen Bedürfnisanstalten³⁾, obwohl sie öffentliche Sachen im

1) Zum Wortlaut der einzelnen Paragraphen vgl. den im Anhang I abgedruckten Text des Wegegesetzes.

2) Vgl. Begründung aaO S. 30.

3) Urteil des OVG Hamburg vom 4. Dezember 1964 Bf I 36/64

Gemeingebrauch sein sollen. Das OVG hat dies damit begründet, daß zwar auch die Bedürfnisanstalten der Aufrechterhaltung der Ordnung auf den Wegen dienten, der Ordnungsbegriff im Sinne des § 2 Abs.2 Nr.3 HWG aber enger aufzufassen sei als der weite Ordnungsbegriff nach dem Polizeirecht¹⁾.

Zu § 4 HWG erübrigen sich weitere Ausführungen. Es sei nur noch darauf hingewiesen, daß die Stadt unbelastetes Eigentum an dem Wegegrund erworben haben muß, die Ablösung von Rechten Dritter an dem Wegegrund also der Widmung voranzugehen hat.

Hardinghaus²⁾ meint zwar, daß der Ansicht Werner Webers, es handle sich nur um eine andere Etikettierung des überkommenen dualistischen Systems, der klare Wille des Hamburgischen Gesetzgebers widerspreche, der eben die privatrechtliche Behandlung der öffentlichen Wege ausdrücklich ausgeschlossen habe, trotzdem sei dieser Ausschluß aber noch nicht gleichbedeutend mit der Einführung des öffentlichen Eigentums. Man schaffe dieses noch nicht dadurch, daß man das Privateigentum an öffentlichen Sachen ausschließe. Seine Ablehnung des Hamburgischen Instituts beruht in der bereits als falsch nachgewiesenen Ansicht³⁾, daß durch das öffentliche Eigentum in jedem Falle der Träger der öffentlichen

1) A.a.O. S.9 der Gründe.

2) A.a.O. S.150 f.

3) Vgl.oben S. 148 ff

Sache zur Verfolgung des uneingeschränkten Gemeinwohls berechtigt sein müsse. Da der Hamburger Gesetzgeber dies sicher nicht gewollt habe, liege also kein öffentliches Eigentum vor. Da die Verfolgung des allgemeinen Gemeinwohls nicht Bestandteil der gefundenen Definition für das öffentliche Eigentum ist, kann hieraus auch nicht geschlossen werden, daß das öffentliche Eigentum im Hamburgischen Gesetz keines sei.

1.3 Auswirkungen der öffentlich-rechtlichen Regelung

Das Für und Wider dieser Regelung ist auch in Hamburg heftig umstritten gewesen. Durch diese Regelung werden die sich aus der Verzahnung von bürgerlichem und öffentlichem Recht ergebenden Unsicherheiten und Schwierigkeiten erheblich vermindert. Dies führt zu einer größeren Praktikabilität des Wegerechts.

Aus dem bereits zum Institut des öffentlichen Eigentums Ausgeführten ergibt sich, daß das in den §§ 2 und 4 des HWG proklamierte und definierte öffentliche Eigentum sicherlich nicht nur eine andere Art der Benennung für den öffentlich-rechtlichen Status, den eine öffentliche Straße auch nach gemeindeutschem Recht durch die Widmung empfangen hat, darstellt¹⁾. Neben den bereits erwähnten Argumenten versprochen sich die Befürworter dieses neuen

1) So aber Werner Weber a.a.O. S.159;
Forsthoff a.a.O. (9) S.351 Fußn.3.

Instituts durch seine Einführung vor allem für den Bürger eine klarere und darum bessere Rechtsposition. Dies vor allem deshalb, weil als Rechtsweg - mit Ausnahme der Streitigkeiten, die in § 40 Abs.2 VwGO ausdrücklich den Zivilgerichten zugewiesen sind - eindeutig der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist. Zu Recht wird betont, daß die Position des Bürgers im Verwaltungsstreitverfahren in einem ganz wesentlichen Punkt besser sei, als vor dem Zivilgericht, da alles, was im Ermessensraum steht, von den Verwaltungsgerichten wegen ihrer größeren Sachnähe und auf Grund der Tatsache, daß Richter mit Erfahrung aus der Verwaltung am Verwaltungsgericht tätig sind, genauer und intensiver überprüft werden. Die Verwaltung verliert darüber hinaus durch die Einführung des öffentlichen Eigentums an gerichtsfreiem Raum. Auch unterstützt der Grundsatz der Offizialmaxime, der das öffentliche Recht beherrscht, den Bürger in der Verfolgung seiner Rechte, da das Verwaltungsgericht von sich aus auf die zuständigen Behörden einwirken und die Übersendung der jeweils benötigten Akten verlangen muß. Durch Auflagenbeschlüsse kann das Gericht die Behörden zwingen, die Gründe für eine bestimmte Entscheidung darzulegen.

Die Gefahr, daß der Einzelne gegenüber dem Staat, insbesondere bei einer Anfechtungsklage, in eine Art Beweisnotstand gerät, ist dadurch erheblich vermindert, wenn es natürlich auch im Verwaltungsprozeß eine Feststellungslast gibt. Diese macht sich aber erst dann bemerkbar, wenn es auch von Amts wegen dem Gericht nicht mehr möglich ist, zur Sachaufklärung beizutragen, wohingegen der Bürger jedenfalls dem Grundsatz nach vor dem Zivilgericht verpflichtet ist, den gesamten Streitstoff selber in den Prozeß hineinzutragen.

Daß die Verwaltungsgerichte mit den Problemen, die die rein öffentlich-rechtliche Ordnung des Hamburgischen Wegesetzes eingeführt hat, nicht zurechtkommen würden¹⁾, erscheint schwer verständlich. Die Schwierigkeiten sind,

1) Schack Stenograph.Bericht S.14; dagegen mit Recht Ipsen, der meint, daß die einheitliche Rechtsverfolgung vor einem Gericht, dem Verwaltungsgericht, der große Vorteil der Regelung sei, a.a.O. S.13.

wie bei jedem neuen Gesetz, nicht größer und nicht geringer als wenn es sich um eine Regelung handeln würde, in der das öffentliche Eigentum nicht eingeführt ist.

Nach der bisherigen Regelung in Hamburg ergab sich aus der zwiespältigen Eigentumslage ein geteilter Rechtsweg. Ein Teil der Streitigkeiten, die sich aus dem Wegerecht ergaben, mußten vor den Zivilgerichten, ein anderer Teil vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen werden. Beantragte ein Straßenhändler z.B. die Erlaubnis, einen Gemüsestand auf öffentlichem Grund aufzustellen, so waren bisher zwei verschiedene Verfahren notwendig. Zum einen mußte er einen privat-rechtlichen Miet- oder Pachtvertrag über den Grund und Boden abschließen, auf dem der Stand aufgestellt werden sollte. Zum anderen bedurfte er einer öffentlich-rechtlichen Sondernutzungserlaubnis. Kam es jetzt zu einem Streit über seine Berechtigungen, so konnte es passieren, daß die Zivilgerichte und Verwaltungsgerichte in derselben Sache verschiedene Entscheidungen trafen. Das mußte eine Rechtsunsicherheit zur Folge haben.

1.4 Die Regelung des HWG und die Ortsdurchfahrten der Bundesfernstraßen

Aus der Tatsache, daß das Bundesfernstraßengesetz den Begriff des öffentlichen Eigentums nicht kennt, ergibt sich die Schwierigkeit, daß sich insoweit doch eine zwiespältige Eigentumslage ergeben kann. Dies gilt allerdings nur für die wenigen Ortsdurchfahrten, an denen die Hansestadt Hamburg nicht die Straßenbaulast trägt, da die an-

deren im öffentlichen Eigentum der Stadt stehen.

1.41 Ortsdurchfahrten im Eigentum der Stadt

Die Ortsdurchfahrten, bei denen die Hansestadt Hamburg die Straßenbaulast trägt, stehen im öffentlichen Eigentum, da auf Grund des § 6 Abs.1 FStrG das Eigentum der Straßenbaulast folgt und alle Straßen und Wege, die im Eigentum der Hansestadt Hamburg stehen, in öffentlichem Eigentum stehen. Auch für diese Ortsdurchfahrten gilt die Regelung des öffentlichen Eigentums im Hamburger Straßen- und Wegegesetz mit allen seinen Folgen.

Aus der Tatsache, daß es in § 1 Abs. 1 Satz 2 HWG heißt, die Regelung im Verhältnis zu den Bundesfernstraßen werde dahingehend getroffen, daß das HWG nur insoweit gelte, als das Bundesfernstraßengesetz keine Regelung enthalte, folgt, daß, wenn das Privateigentum des Bundes am Straßengrund auf einen Straßenbaulastträger übergeht, der eine dem § 4 HWG entsprechende Regelung getroffen hat, das Eigentum sich dieser einzelstaatlichen Regelung einfügt. Denn das FStrG enthält für diesen Fall keine Regelung. Zu diesem Ergebnis ist auch das Bundesverwaltungsgericht in dem bereits mehrfach zitierten Urteil gekommen, in dem es ausführt, daß auch an der Ortsdurchfahrt der Bundesstraße 433 öffentliches Eigentum begründet worden sei, da sie bei Inkrafttreten des Hamburgischen Wegegesetzes¹⁾ in privatrechtlichem Eigentum des Landes Hamburg stand .

1) BVerwG aaO S.8 der Gründe und VG Hamburg, Urteil vom 19.11.1963 MDR 64/957(958).

1.42 Bedenken gegen den Übergang des Eigentums
an den Bundesfernstraßen auf Grund der
Regelung des Artikel 90 GG

Die Regelung des § 6 FStrG ist allerdings nicht bedenkenlos. Artikel 90 GG stellt ausdrücklich fest, daß die Straßen im Eigentum des Bundes stehen. Sie haben kraft Verfassungsakts über Art. 90 GG diesen Status bekommen¹⁾. Da nun das Eigentum an den Bundesfernstraßen dem Bund kraft Verfassungsnorm zusteht, erscheint es zumindest fraglich, ob dieses Eigentum über die Regelung des § 6 FStrG auf den Straßenbaulastträger übergehen konnte.

Man wird dieses aber bejahen müssen. Maunz-Dürig²⁾ stellen zwar fest, daß der Bund "das Eigentum an den Reichsautobahnen und Reichsstraßen auch in Zukunft nicht auf andere übertragen oder aufgeben" dürfe. Jede andere Auffassung würde dem Zweck des Artikel 90 Abs.1 widersprechen. Es wird aber eine Ausnahme für den Fall gemacht, daß bei einer notwendig werdenden Abstufung einer sonstigen Bundesstraße zur Landesstraße ein Übergang auch des privatrechtlichen Eigentums auf das Land mit der Ratio des Artikel 90 Abs.1 GG vereinbar sei³⁾.

Dies muß auch für die Regelung des § 6 Abs.1 FStrG gelten. Ratio des Artikel 90 ist "die im allgemeinen Recht

1) Zum Eigentumserwerb Mangoldt-Klein (1) Art. 90 S.485, Bonner Kommentar Anm.II A zu Art.134; Maunz-Dürig Rdn. 16 zum Art. 90.

2) So Maunz-Dürig aaO Rdn. 15.

3) aaO Rdn. 15 FFn.4.

der öffentlichen Sachen wegen der Verschiedenheit von Eigentümer und unterhaltungspflichtiger Behörde nicht selten auftretenden Schwierigkeiten möglichst auszuschalten". Im Artikel 90 Abs.1 gehe es nicht um das statische "Haben des Eigentums", sondern um das dynamische "Dürfen der Verwaltung"¹⁾. Dieser richtig deduzierten Ratio des Artikel 90 Abs.1 GG entspricht es, wenn mit der Straßenbaulast auch das Eigentum auf den neuen Straßenbaulastträger übergeht. Dadurch ist die Problematik des öffentlichen Eigentums insoweit es sich um die Ortsdurchfahrten der Bundesfernstraßen handelt, gelöst. Für sie gilt das gleiche wie für alle anderen Hamburger Straßen.

1.43 Keine völlige Einheitlichkeit der Eigentumsordnung

Die Einheitlichkeit des Wegerechts ist dadurch aber noch nicht herbeigeführt. Zwar stehen fast 95 % der Hamburger Straßen im Eigentum der Stadt. Aber an den übrigen 5 % besteht weiterhin Privateigentum, sei es, daß dieses noch Privaten zusteht, sei es, daß bei einigen Ortsdurchfahrten die Straßenbaulast und damit das Eigentum noch beim Bund liegt. Die sich daraus ergebenden Unsicherheiten werden weitgehend ausgeschaltet durch die amtlichen

1) Dieselben aaO Rdn. 15, vgl. auch Marschall, aaO S.223. Ob es allerdings ausreicht, allein auf fehlenden wirtschaftlichen Wert des Straßengrundes abzustellen, erscheint zweifelhaft.

Wegeverzeichnisse, in denen die Eigentumsverhältnisse an den Straßen eindeutig bezeichnet sind. Wenn es also auch wünschenswert ist, die restlichen Straßen in das Eigentum der Stadt zu übernehmen, so wird sich aus den wenigen noch nicht im Eigentum der Stadt befindlichen Straßen kein Argument gegen das öffentliche Eigentum und die durch es herbeigeführte Einheitlichkeit ableiten lassen.

1.44 Das Verhältnis des § 8 Abs.10 FStrG zu der öffentlich-rechtlichen Sachordnung des HVG

Im Zusammenhang mit den Ortsdurchfahrten der Bundesfernstraßen muß noch auf das Problem hingewiesen werden, das sich aus § 8 Abs.10 FStrG ergibt. In diesem Absatz heißt es, daß die Einräumung von Rechten zur Benutzung des Eigentums der Bundesfernstraßen sich nach bürgerlichem Recht richte, wenn sie den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen, wobei eine Beeinträchtigung von nur kurzer Dauer für Zwecke der öffentlichen Versorgung außer Betracht bleibe. Das bedeutet, daß jede Benutzung der Straßen, die nicht unter dem Gemeingebrauch fällt und auch nicht Sondernutzung ist, eine sonstige Nutzung im Sinne des § 8 Abs.10 FStrG ist. Die Konsequenz hieraus könnte sein, daß auch, wenn die Ortsdurchfahrten der Bundesfernstraßen im öffentlichen Eigentum der Hansestadt Hamburg stehen, die Hamburger Regelung hinter dieser privatrechtlichen Regelung zurückstehen muß, weil in § 8 Abs.10 ausdrücklich eine besondere Regelung getroffen worden ist. Daaber gemäß § 5 Abs.2 FStrG die

Freie und Hansestadt Hamburg Trägerin der Straßenbaulast und damit der Verwaltungsrechte ist und insoweit das Hamburgische Wegegesetz Anwendung findet mit der Folge, daß die Straße im öffentlichen Eigentum steht, wird man den § 8 Abs.10 dahin ausdeuten müssen, daß diese Vorschrift sich nur auf den Fall bezieht, in dem der Bund Eigentümer der Straße ist.

Es heißt in § 21 FStrG ausdrücklich, daß, soweit die Gemeinden Träger der Straßenbaulast sind, sich die Zuständigkeit zur Verwaltung der Ortsdurchfahrten nach Landesrecht regelt. Das muß auch für § 8 Abs.10 FStrG gelten. Die Richtlinien des Bundesministers für Verkehr über Nutzungen an Bundesfernstraßen vom 5. September 1961 beziehen sich daher auch ausdrücklich nur auf die Bundesfernstraßen, die in der Baulast des Bundes stehen.

1.5 Haftungs- und Schadensersatzansprüche

Aus dem sechsten Teil, der die allgemeine Überschrift "Wegeordnung" trägt, interessieren vor allem die Vorschriften, die sich mit den Haftungs- und Schadensersatzansprüchen befassen. Dabei sind die Bereiche ' Staat - Bürger ' und ' Bürger - Staat ' zu trennen.

1.51 Der Schutz der öffentlichen Sache

Allen Beeinträchtigungen des öffentlichen Eigentums wird mit Mitteln des öffentlichen Rechts begegnet. Die

§§ 23 ff. HWG enthalten die Pflichten für die Benutzer der öffentlichen Wege und die Beschränkungen der Anliegerrechte. Da es in § 23 Abs.1 heißt, die öffentlichen Wege dürften weder verunreinigt noch beschädigt werden, und gemäß § 2 Abs.2 auch das Zubehör zu den öffentlichen Wegen gehört, umfaßt der Schutz des § 23 nicht nur die Straßen, Wege und Plätze, sondern ebenso das Zubehör. Die genannten Vorschriften ergeben die materiell-rechtliche Grundlage für die Sanktionen, die in den §§ 55 ff. aufgeführt sind. Neben den Rechten, die dem Träger des öffentlichen Eigentums aus einer polizeilichen Generalklausel erwachsen, besteht für ihn daher bei der Beschädigung des öffentlichen Eigentums die Möglichkeit, den Schädiger durch Leistungsbescheide in Form von Verwaltungsakten gemäß § 57 HWG zum Ersatz des Schadens heranzuziehen. Das Bundesverwaltungsgericht hat in dem zitierten Urteil¹⁾ festgestellt, daß es den Ländern nicht verwehrt sein könne, den Begriff eines öffentlichen Eigentums in Form einer uneingeschränkten öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft über Wege und ihr Zubehör durch eigene Gesetzgebung zu begründen. Es hat dabei richtig erkannt, daß es sich hierbei im Gegensatz zu der Frage, ob im Rahmen der Verkehrssicherungspflicht sich die Haftung nach § 839 BGB, Art.34 GG richte, um eine Kompetenzfrage handelt. Es hat die Kompetenz dem Land zu Recht zugesprochen.

Da nach § 4 in Verbindung mit § 2 Abs.2 HWG die dort genannten Gegenstände, unter anderem auch die Bepflanzung, im öffentlichen Eigentum der Stadt ständen und gemäß

1) AaO S.9.

§ 4 Abs. 1 das bürgerliche Recht keine Anwendung finde, greife § 23 HWG auch ein, wenn ein Verkehrsteilnehmer einen Baum beschädige. Nach § 55 HWG sei er verpflichtet, die Folgen dieser Handlung zu beseitigen und einen ordnungsmäßigen Zustand wieder herzustellen. Seien dadurch, daß der Träger des öffentlichen Eigentums den Schaden selbst beseitigt habe, Kosten entstanden, so würden diese gemäß § 57 HWG durch Bescheid der Wegeaufsichtsbehörde festgesetzt. Die im bürgerlichen Gesetzbuch erfolgte Regelung des Schadensersatzes könne dann nicht zur Anwendung kommen, wenn ein Land das öffentliche Eigentum eingeführt und zugleich die Verletzung dieses Eigentums durch eigene Normen geregelt habe¹⁾. Es gebe für den Komplex des Schadensersatzrechts keine verfassungsmäßig geregelte Gesetzgebungszuständigkeit, die zur ausschließlichen Anwendung der bundesrechtlichen Schadensersatznormen zwingen könne. Der Schadensersatz sei vielmehr dem Rechtsinstitut zuzuordnen, das er schützen wolle, mithin hier dem öffentlichen Eigentum. Aus diesem Institut ergebe sich für den Hamburgischen Gesetzgeber die Berechtigung, eine Haftung für Verletzung des öffentlichen Eigentums ohne Rücksicht auf ein Verschulden der schädigenden Person zu normieren.

Die gleiche Ansicht hatte das Hamburger Verwaltungsgericht vertreten²⁾. Es ließ allerdings die Frage offen, ob es bei der Haftung nach dem HWG überhaupt nicht auf das Verschulden ankomme und demnach auch nicht auf das Problem des Mitverschuldens, oder ob das Verschulden

1) Dies ausdrücklich gegen Werner Weber aaO S. 160.

2) AaO S. 958.

nach den allgemeinen Grundsätzen unserer Rechtsordnung in irgendeiner Form trotz des Wortlautes des § 55 HWG eine Rolle spiele. Sollte man dieses verneinen, so könnte nach Ansicht des Verwaltungsgerichts mit Recht die Ansicht vertreten werden, daß diese Öffentlich-rechtliche Haftungsregelung insoweit gegen Bundesrecht verstieße und daher ungültig sei, als sie eine Haftung unabhängig vom Verschulden vorschreibe. Jedenfalls sei der § 55 HWG dann wirksam, wenn es sich um einen Fall handle, in dem der Schädiger schuldhaft gehandelt habe.

Die berechnigte Frage des Verwaltungsgerichts wird bejaht werden müssen. Die Grundsätze des Verschuldens und Mitverschuldens sind in jedem Fall zu beachten, da eine Gefährdungshaftung ohne Rücksicht auf das Verschulden gegen die Grundnormen des bundesrechtlich geregelten Schadensersatzrechts verstoßen würde.

1.52 Nebenfolgen der öffentlich-rechtlichen Schadensersatzregelung

Eine Nebenfolge hat sich aus der öffentlich-rechtlichen Haftung des HWG ergeben. Diese liegt in den Vorschriften der §§ 10 ff. der AKP¹⁾, da auf Grund dieser Vorschriften der Versicherte nur gegen zivilrechtliche Ansprüche versichert ist, nicht aber gegen öffentlich-rechtliche. Das hat zur Folge, daß einzelne Versicherungen sich

1) Allgemeine Bedingungen für die Kraftverkehrsversicherung in der Fassung vom 3.9.1965 (BAnz.Nr.172).

weigern, einen Schaden zu regulieren, den ein Verkehrsteilnehmer an einer Sache im öffentlichen Eigentum verursacht hat. Diese Versicherungen haben sich darauf berufen, daß hier öffentlich-rechtliche, nicht aber zivilrechtliche Ansprüche geltend gemacht würden, somit ein Versicherungsschutz ausgeschlossen sei.

Diese Auslegung verstößt eindeutig gegen die ratio des § 10 AKB. Im Schadensfall besteht die Leistung des Versicherers in der Befriedigung begründeter Entschädigungsansprüche¹⁾. Dabei ist das Risiko versichert, und es muß ohne Bedeutung sein, ob der Schadensersatzanspruch privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art ist, solange es sich um einen typischen Schadensfall handelt, der von der Ursache her grundsätzlich gedeckt ist. Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß Schadensersatzansprüche im Rahmen des § 23 HWG den Ansprüchen, die entstehen würden, wenn eine privatrechtliche Regelung zum Schutz der öffentlichen Sache geschaffen worden wäre, entsprechen. § 149 VVG sagt eindeutig, daß die Haftpflichtversicherung verpflichtet ist, dem Versicherungsnehmer die Leistung zu ersetzen, die dieser auf Grund seiner Verantwortlichkeit für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache an einen Dritten zu bewirken hat. Die ratio auch dieser Vorschrift deutet eindeutig darauf hin, daß es nicht auf die Rechtsform des Anspruchs ankommen kann, jedenfalls dann nicht, wenn sie nur an die Stelle eines gleichartigen privatrechtlichen Schadensersatzanspruchs getreten ist. Dabei handelt es sich auch nicht um ein Problem der Vertragsgrundlage, denn aus dem Versicherungsvertrag ergibt sich unmittelbar kraft erklärten Parteiwillens der Gegenstand und der Umfang des versicherten Risikos und es untersteht nicht der Parteidisposition, wie die dadurch begründete Schadensregulierungspflicht gesetzlich qualifiziert wird.

1) Stiefel-Wussow Anm. 1 zu § 10 AKB.

1.53 Die Staatshaftung gegenüber dem Benutzer und
Anlieger der öffentlichen Straßen und Wege

Nach § 5 des Hamburgischen Wegegesetzes bestimmen sich die Rechte und Pflichten, die der Freien und Hansestadt Hamburg und ihren Bediensteten im Zusammenhang mit der Durchführung dieses Gesetzes, insbesondere mit der Anlage, Unterhaltung und Benutzung der öffentlichen Wege zustehen und obliegen, ausschließlich nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts. Die Pflichten werden als Amtspflichten im Sinne von Art.34 GG von den Bediensteten erfüllt¹⁾).

1.531 Die Verkehrssicherungspflicht

§ 5 HWG zieht die praktischen Folgerungen aus § 4 HWG und hat im wesentlichen Bedeutung für die Verletzung der Unterhaltspflicht, die in § 13 HWG statuiert ist.

Nach der vom Reichsgericht entwickelten Lehre von der Verkehrssicherungspflicht²⁾ haften die für öffentliche Wege verantwortlichen Körperschaften in entsprechender Anwendung der §§ 823 ff BGB in Verbindung mit §§ 89, 31 und 831 BGB. Diese Rechtsprechung ist vom BGB aufgenommen und seitdem ständig bestätigt worden³⁾. Sie ist im Schrift-

-
- 1) Dieselbe Regelung enthält § 6 des Hamburger Gesetzes über die Grün- und Erholungsanlagen vom 18. Oktober 1957 (HGVBl. I S. 466).
 - 2) Vgl. RGZ 54/53 (55 ff).
 - 3) Z.B. in BGHZ 9/373 (387), 14/83(86 f), 16/95(98), 24/124(130) u.a.m. vgl. Werner Weber aaO S. 159 Fußn. 31.

tum auf mannigfaltigen und berechtigten Widerspruch gestoßen¹⁾. Forsthoff²⁾ führt überzeugend aus, daß der Verkehr auf öffentlichen Straßen nicht Funktion im Dienste eines besonderen Zweckes sei, sondern Selbstzweck, weshalb die Obsorge für die Verkehrsfläche nur bei der öffentlichen Verwaltung liegen könne und auch Gegenstand der öffentlichen Verwaltung sein müsse, weil kein denkbare fiskalisches Interesse ins Spiel treten könne. Insbesondere beachtet der BGH nicht ausreichend, daß der der Gefährdung zugrundeliegende Tatbestand die Widmung der Straße für den öffentlichen Verkehr ist und es sich dabei nicht um einen Akt des Privatrechts, sondern des öffentlichen Rechts handelt.

Von dieser Streitfrage abgesehen, stellt sich das Problem im Rahmen des § 5 HWG dahingehend, ob ein Land abweichend von der sonst üblichen Handhabung der Verkehrssicherungspflicht als Rechtsgrundlage § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG normieren kann. Der BGH selbst hat in der gleichen Grundsatzentscheidung, in der er die Möglichkeit des öffentlichen Eigentums bejahte, festgestellt, daß es möglich sei, die Verpflichtung aus der Verkehrssicherungspflicht privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu gestalten. Er führte aus³⁾: "Soweit es das Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt oder eine gesetzliche Regelung überhaupt nicht erforderlich ist, weil sich die Aufgabe der Verkehrssicherungspflicht ohne Eingriffe in die Freiheit und in das Eigentum oder in andere Rechte der Bürger erfüllen läßt, hat die öffentlich-rechtliche Körperschaft,

1) Z.B. Forsthoff (9) S. 371 ff, Wolff (6) S. 348 f, Marschall aaO S. 89 ff.

2) AaO.

3) BGHZ 9/373 (387/388).

der die Verkehrssicherung obliegt, die Wahl, ob sie dieser Pflicht als Fiskus, also privatrechtlich oder als Träger öffentlicher Gewalt, also hoheitrechtlich genügen will. Soll es in der letztgenannten Form geschehen, dann bedarf es dazu einer der Allgemeinheit gegenüber kundgegebenen ausdrücklichen Erklärung und einer entsprechenden Gestaltung der Verwaltung im Rahmen der Organisationsgewalt der zuständigen Organe". Diese eindeutige Festlegung ist in § 5 HWG geschehen mit dem Ergebnis, daß der Staat gemäß § 839 in Verbindung mit Artikel 34 GG haftet.

Wieso es in diesem Zusammenhang "leicht zu erkennen" ist, daß der Gesetzgeber Hamburgs mit dieser Vorschrift seine Kompetenz überschritten hat¹⁾, ist nicht ersichtlich. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung²⁾ zu Recht ausgeführt, daß es für die verfassungsmäßig geregelte Gesetzgebungszuständigkeit keinen Komplex des Schadensersatzrechts gäbe, der zur ausdrücklichen Anwendung der bundesrechtlichen Schadensersatznormen zwingen könne. Der Behauptung Webers, daß die Materie der Schadensersatzpflichten bundesgesetzlich erschöpfend und abschließend geregelt sei und in sie der Landesgesetzgeber nicht modifizierend eingreifen könne, kann nicht zugestimmt werden³⁾. Am Rande sei erwähnt, daß auch nicht etwa § 4 Abs.1 Satz 4 HWG der Anwendung des § 839 entgegensteht, obwohl es dort heißt, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts fänden keine Anwendung. Denn § 839 gehört eher dem öffentlichen Recht als dem Zivilrecht an.

1) Weber aaO S.160.

2) BVerwG Urteil vom 26. Mai 1967 aaO S.9.

3) Dagegen mit Recht Schack DVBl.61/897(899), Merk VVDStRL 21/231, Dürig VVDStRL 21/252 und BVerwG aaO.

Durch die Regelung des § 5 HWG wird die grundsätzlich im Rahmen des § 823 BGB gegebene Primärhaftung des Staates in eine Sekundärhaftung nach § 839 BGB umgewandelt. Diesen Wandel kritisiert Werner Weber. Er führt aus, daß in den Hamburgischen Haftungsvorschriften das mitbestimmende Motiv zu erkennen sei, peinliche Haftungsfolgen aus eigenem Verschulden von der Freien und Hansestadt Hamburg abzuwälzen und anderen Lastträgern aufzubürden. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs walte daher doch wohl die höhere Weisheit¹⁾. Abgesehen davon, daß keine begründeten Zweifel daran bestehen können, daß die Verkehrssicherungspflicht eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung darstellt, überbewertet Weber die Gefahr aus einer Wandlung der Haftungsgrundlagen. Zu Recht weist Dürig²⁾ darauf hin, daß im Rahmen der Haftung nach § 823 die Exculpationsmöglichkeit gemäß § 831 BGB nicht außer Acht gelassen werden dürfe. Wenn auch Bachof³⁾ dagegen einwendet, bei der Haftung nach §§ 823, 831 BGB handle es sich um eine durch Gerichtsgebrauch geschaffene Gefährdungshaftung, so schließt das doch den § 831 BGB nicht aus. Endlich hat die Regelung auch nicht zur Folge, daß etwa der Bürger schlechter gestellt werde, sondern höchstens die, daß die Versicherungsträger den Schaden decken müssen. Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang die Überlegung, ob im Rahmen des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB die Subsidiärhaftung überhaupt für Staatshaftung als solche gilt. Bettermann hat den überzeugenden Gedanken geäußert, daß diese Subsidiarität für den leistungsschwachen Beamten geschaffen worden sei und in dem Augenblick entfalle, wo

1) AaO S. 161.

2) AaO S. 251.

3) VVDStRL 21/251.

an die Stelle des leistungsschwachen Beamten der leistungsstarke Staat trete¹⁾).

1.532 Verkehrssicherungspflicht
 auf den Ortsdurchfahrten

Für die Ortsdurchfahrten der Bundesstraßen ist die Hansestadt Hamburg gemäß § 5 Abs.2 StrG Träger der Straßenbaulast. Zwar ist Hamburg keine Gemeinde im staatsrechtlichen Sinne, sondern ein Bundesland. Sie nimmt jedoch auch diejenigen Aufgaben wahr, die das Bundesrecht den Gemeinden zuweist, und es besteht lediglich die Besonderheit, daß staatliche und gemeindliche Tätigkeiten nicht getrennt werden²⁾. Da die Bundesfernstraßen, soweit die Straßenbaulast bei der Stadt Hamburg liegt, im öffentlichen Eigentum der Stadt stehen, taucht die Frage auf, ob auch der § 5 HWG mit der Folge, daß auch an den Ortsdurchfahrten der Bundesfernstraßen sich die Haftung nach § 839 BGB Art.34 GG richtet, anzuwenden ist. Das OLG Hamburg hat in seiner Entscheidung vom 22. Dezember 1966 diese Anwendbarkeit verneint³⁾. Nachdem es ausgeführt hat, daß sich die Verkehrssicherungspflicht grundsätzlich nach § 839 BGB Art.34 GG und nicht, wie der BGH meine, nach § 823 BGB zu richten habe, führt es aus: "Das Hamburgische Wegegesetz bestimmt in seinem § 1 Abs.1 Satz 2, daß es für Bundesfernstraßen nur gilt, soweit das Bundesfernstraßen-

1) VVDStRL 21/242.

2) Vgl. Art.4 Abs.1 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 6. Juli 1952 (HGVBl. I S.117).

3) Hanseatisches OLG Urteil vom 22. Dezember 1966 7 U 29/66.

gesetz keine Regelung trifft. Das Hamburgische Wegegesetz enthält jedoch in Ansehung der Verkehrssicherung keine weiterreichenden Bestimmungen als das Bundesfernstraßengesetz. Bei Fortführung der Rechtsprechung des BGH könnte daher der öffentlich-rechtliche Charakter der Verkehrssicherungspflicht nicht bejaht werden". In der Revisionsinstanz hat sich der BGH¹⁾ zu dieser Frage nicht abschließend geäußert, da er die Meinung vertrat, es handle sich beim Hamburgischen Wegegesetz um Landesrecht und er wäre insoweit an die Ansicht des Hanseatischen Oberlandesgerichts gebunden, daß § 5 keine Anwendung finde.

Entgegen der Ansicht des Hanseatischen Oberlandesgerichts mußte die Anwendbarkeit des § 5 auf die im öffentlichen Eigentum der Hansestadt Hamburg stehenden Ortsdurchfahrten der Bundesfernstraßen bejaht werden. Das Fernstraßengesetz enthält keine Regelung hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung der Verkehrssicherungspflicht. Vielmehr ist auf Grund der ständigen Rechtsprechung des BGH der Grundsatz herausgearbeitet worden, daß sich Schadensersatzansprüche auf Grund der Verkehrssicherungspflicht nach § 823 BGB zu richten hätten. Im Bundesfernstraßengesetz ist aber keine ausdrückliche Regelung enthalten. Ebensowenig ist dem Bund, wie dargelegt, eine ausschließliche Kompetenz zur Regelung des Schadenersatzes zuzusprechen. Die Schadensersatzpflicht folgt vielmehr dem zugrundeliegenden Rechtsinstitut, so daß es einem Land nicht untersagt sein kann, eine Regelung im Sinne des § 5 HWG dahingehend zu treffen, daß sich die Schadensersatzpflichten nach § 839 BGB Art. 34 GG abzuwickeln hätten. Dem Gesetz, auch einem Landesgesetz, gebührt der Vorrang

1) BGHZ Urteil vom 9. November 1967 III ZR 98/67.

vor der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dieser ist an die gesetzliche Normierung im HWG gebunden und kann sich nicht darüberhinwegsetzen, indem er die Ansicht vertritt, es handle sich trotzdem um einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 BGB. Es ist daher auch undeutlich, wenn sowohl das Hanseatische Oberlandesgericht als auch der BGH davon sprechen, daß das Bundesfernstraßengesetz keine "weiterreichende" Regelung enthalte als das HWG. Das Fernstraßengesetz enthält überhaupt keine ausdrückliche Regelung, sondern nur eine, die im Wege der Auslegung durch den BGH herausgearbeitet worden ist. Diese Auslegung aber muß der gesetzlichen Normierung im HWG weichen. Es bleibt also festzuhalten, daß auch für die Ortsdurchfahrten der Bundesfernstraßen der § 5 HWG anzuwenden ist, die Schadensersatzverpflichtungen also im Rahmen des § 839 BGB Art. 34 GG abzuwickeln sind.

1.54 Die konsequente Ausschaltung der privatrechtlichen Nachbarrechte

Eine weitere Folge des öffentlichen Eigentums ist die konsequente "Transponierung der privaten Nachbarrechte in das öffentliche Recht"¹⁾. Weder kann sich der Staat auf Grund der Einführung des öffentlichen Eigentums gegenüber Störungen auf § 1004 BGB berufen, noch kann der privatrechtliche Anlieger des öffentlichen Eigentums auf die §§ 1004, 906 ff BGB zurückgreifen. Der Staat wie auch der Privatanlieger werden sich öffentlich-rechtlicher Mittel bedienen müssen, um Störungen, sei es vom öffentlichen

1) Hardinghaus aaO S.138 im Rahmen seiner Theorie.

Eigentum, sei es vom Privatgrund fernzuhalten.

Auf der Seite des Staates ändert sich dadurch nichts Wesentliches, da er auch bisher in erster Linie Polizeirecht anwendet, um Störungen auf öffentlichen Wegen zu beseitigen. Zum anderen steht ihm im Rahmen der Systematik des HWG der schon erwähnte § 55 HWG zur Verfügung.

Anders für den privatrechtlichen Anlieger. Die in den §§ 906 ff BGB normierten Nachbarrechte sind nur geeignet, einen Ausgleich zwischen den Interessen Privater zu schaffen; nicht können sie dazu dienen, dem Anlieger gegenüber dem öffentlichen Sachherrn, dem öffentlichen Eigentümer Schutz zu gewähren. Hardinghaus meint zu Recht, es sei einem Grundstück gegenüber, das dem öffentlichen Zweck diene, ein Fehllansatz, überhaupt erst von den privaten Nachbarrechten nach §§ 906 ff BGB auszugehen¹⁾. Vielmehr wird sich der Nachbar des Instituts der öffentlich-rechtlichen Unterlassungsklage im Rahmen des § 40 Abs.1 VwGO bedienen müssen, wenn er sich gegen eine Störung, die von einer im öffentlichen Eigentum stehenden Sache ausgeht, wehren will. Oder sich der öffentlich-rechtlichen, allgemeinen Leistungsklage bedienen, wenn er eine Handlung des öffentlich-rechtlichen Sachherrn herbeiführen will. Dabei stellt diese Sachlage für den betroffenen Anlieger keinen Nachteil dar. Die rechtsstaatlichen Sicherungen, die das Verwaltungsgerichtsverfahren bietet, geben ihm im Gegenteil einen besseren Schutz, als dies im normalen Zivilprozeß der Fall sein könnte, da jenes Verfahren durch den Grundsatz der Officialmaxime beherrscht wird. Es hat sich gezeigt, daß der einzelne Bürger, wenn er dem öffentlichen

1) AaO; vgl.auch Stenographische Berichte aaO S.7.

Sachherrn im Rahmen eines Zivilprozesses gegenübersteht, Schwierigkeiten haben kann durch die ihm auferlegte Beweisführung¹⁾.

Es besteht kein Anlaß, diese Meinung aufzugeben, auch nachdem das Bundesverfassungsgericht sich in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung zum Hamburger Deichrecht hinsichtlich der Frage der Nachbarrechtsbeziehungen zwischen dem öffentlichen Sachherrn und dem Privatanlieger dahin geäußert hat, der Landesgesetzgeber könne für diesen Grenzbereich nicht die bürgerlich-rechtlichen Regelungen des Privatrechts aufheben. Das Gericht hat ausgeführt: "Die nachbarrechtlichen Berechtigungen bedeuten eine Einschränkung der Eigentümerbefugnis der Nachbarn. Wenn § 4a Abs.1 Satz 4 HWaG bestimmt, daß sämtliche Vorschriften des bürgerlichen Rechts keine Anwendung finden, so könnte darin zugleich ein Ausschluß der Nachbarrechte für die den Deich umgebenden Grundstücke gesehen werden. Das stünde mit dem Bundesrecht nicht in Einklang. Der Landesgesetzgeber kann zwar nach Art.124 EGBGB weitere nachbarrechtliche Beschränkungen einführen als das Bürgerliche Gesetzbuch; er kann aber die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht aufheben. Dieser Rechtslage trägt § 3 Abs.2 DOG für die von der Rechtsumwandlung betroffenen Grundstücke Rechnung, indem er für die zur Fortsetzung der Nutzung Berechtigten im Verhältnis zueinander und zu Dritten die nachbarrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches für entsprechend anwendbar erklärt. Eine solche mit Bundesrecht in Einklang stehende Auslegung ist aber auch bei den Hochwasserschutzanlagen geboten, die nach § 4a Abs.1 Satz 1 HWaG auf Grund einer in das Wasserbuch

1) Vgl.z.B. Urteil des BGH vom 30.4.1964 = MDR 64/656 ff, in dem es um die Frage ging, ob eine öffentliche Baustelle nicht anders hätte eingerichtet werden können mit der Folge einer geringeren Schädigung des Klägers.

eingetragenen Planfeststellung oder Genehmigung errichtet worden sind. Insoweit gebietet der Vor-
rang von Bundesrecht eine einengende Auslegung des
§ 4a Abs.1 Satz 4 HWaG ...¹⁾.

Zum einen kann nicht von einem Ausschluß der
Nachbarrechte die Rede sein. Vielmehr haben wir es
mit einer Transponierung dieser Rechtsbeziehungen
in das öffentliche Recht zu tun. Abgesehen von der
Rechtsform hat sich an dem Inhalt und Umfang der
dem Nachbarn gegen den öffentlichen Eigentümer zu-
stehenden Rechten nichts geändert. Seine Rechtsposi-
tion hat sich nicht verschlechtert. Der Nachbar hat
nicht etwa geringere Rechte gegenüber der Situation,
als er noch Anlieger einer durch die Widmung in
ihren Nutzungen beschränkten aber noch im Privateigen-
tum verbleibenden öffentlichen Sache war.

Zum anderen sind die privatrechtlichen Nachbar-
rechtsvorschriften geschaffen, um einen Ausgleich
zwischen privaten Interessen der auf gleicher Ebene
sich begegnenden Nachbarn herbeizuführen. Gegenüber
dem öffentlichen Eigentum aber sieht sich der Anlieger
einem öffentlichen Sachherrs gegenüber, der aus-
schließlich öffentliche Interessen vertritt. "Es
handelt sich also nicht mehr um das gegenüber von
zwei grundsätzlich dem Privatrecht ... unterliegenden
Sachen"²⁾.

Da zumindest für den Bereich der allgemeinen
Vorbehalte dem Landesgesetzgeber das Recht zukommt,
die ganze Materie auch abweichend von den Vorschriften

1) BVerfG a.a.O., S.36/37.

2) Hardinghaus a.a.O., S.138, obwohl er das Privat-
eigentum fortbestehen läßt !

des BGB zu regeln und die nachbarrechtlichen Beziehungen zwischen Privateigentümer und öffentlichen Sachherren als dem öffentlichen Recht angehörig anzusehen sind, steht einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung dieser Beziehungen, insbesondere weil die Rechte des Bürgers nicht vermindert werden, keine Bedenken entgegen.

Auch der Hinweis des Verfassungsgerichts auf die Regelung des § 3 Abs.2 DOG ändert an diesem Ergebnis nichts. Stehen sich auf der einen Seite privater und öffentlicher Sachherr gegenüber und wird die Legitimation für die rein öffentlich-rechtliche Regelung, die Transponierung der Beziehungen in das öffentliche Recht, gerade aus dieser Konstellation abgeleitet, so trifft dies für den durch § 3 Abs.2 DOG betroffenen Personenkreis nicht zu. Hier stehen sich nämlich gleichberechtigte Privatrechtssubjekte gegenüber, deren Beziehungen zu Recht weiterhin in entsprechender Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften abzuwickeln sind.

Es muß also abschließend wiederholt werden, daß es im Verhältnis zwischen Privateigentümer und öffentlichem Sachherrn einen Fehlansatz bedeutet, überhaupt von den §§ 906 ff, 1004 BGB auszugehen¹⁾.

1) In diesem Zusammenhang spricht Henke, Das subjektive öffentliche Recht, S.110 f davon, daß sich z.B. gegenüber Immissionen der Unterlassungsanspruch des Bürgers gegen die Verwaltung aus neben dem Gesetz stehenden "Rechtsgrundsätzen" ergebe und auch insoweit subjektiv öffentliche Rechte anzunehmen seien.

1.6 Der Rechtsweg

Ein Ziel der Einführung der rein öffentlich-rechtlichen Ordnung für das Straßen- und Wegegesetz ist gewesen, einen einheitlichen Rechtsweg für alle Streitigkeiten im Rahmen des Straßen- und Wegegesetzes zu schaffen. Dieses Ziel konnte nicht erreicht werden, da § 40 Abs.2 VwGO die Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten den ordentlichen Gerichten zuweist. Zum anderen, weil § 37 HWG, der die Entschädigungsansprüche normiert, einen Anspruch aus Aufopferung nicht ausschließt, die Verfolgung dieses Anspruchs aber ebenfalls dem Zivilrechtsweg zugewiesen ist. Endlich ergibt sich auch insoweit ein geteilter Rechtsweg, als die Ortsdurchfahrten einiger Bundesfernstraßen, bei denen die Straßenbaulast noch nicht die Hansestadt Hamburg trägt, weiterhin im Privateigentum des Bundes stehen und sich bei ihnen zumindest teilweise die Auseinandersetzung im Rahmen des Zivilrechts abspielen wird.

Trotzdem wird man sagen können, daß für den gesamten Bereich der Streitigkeiten im Rahmen des öffentlichen Eigentums grundsätzlich der Verwaltungsrechtsweg gegeben

ist. Dies gilt insbesondere für die Ansprüche des Staates an den Bürger im Rahmen des § 55 HWG. Diese Ansprüche sind nicht etwa über § 40 Abs.2 dem Zivilrechtsweg zugewiesen worden. Unter Schadensersatzansprüchen im Sinne dieser Norm sind nur Amtshaftungsansprüche gemäß § 839 BGB Art.34 GG zu verstehen¹⁾. An die Folgen der Verletzung einer dem Staat gegenüber bestehenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtung des Bürgers ist bei der Vorschrift des § 40 Abs.2 nicht gedacht worden. Schadensersatzansprüche des Staates gegen den Bürger aus der Verletzung einer in einem Wegegesetz geregelten öffentlich-rechtlichen Pflicht gehören weder zu den von der früheren Traditionsrechtsprechung erfaßten Ansprüchen, noch treffen auf sie die Erwägungen zu, die dazu geführt haben, daß Ansprüche aus Aufopferung, öffentlich-rechtlicher Verwahrung sowie bei den Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten den Zivilgerichten zugewiesen worden sind. Die Ratio dieser Zuweisung beruhte darin, daß sich diese Ansprüche regelmäßig in so engem Zusammenhang mit den bereits in den Art.14 GG und 34 GG den Zivilgerichten zugewiesenen Ansprüchen stehen, daß für sie derselbe Rechtsweg gegeben sein sollte²⁾.

Die Klagen des Bürgers aus § 21 HWG wegen einer Überschreitung der ihnen zugemuteten Duldungspflichten werden sich als Feststellungsklagen im Sinne des § 43 VwGO oder als öffentlich-rechtliche Unterlassungsklagen gemäß § 40 Abs.1 VwGO behandeln lassen³⁾. Im übrigen wird es sich in

1) Eyermann-Fröhler (4) Rdn.80 zu § 40, Redeker v.Oertzen Rdn.25 f zu § 40.

2) So auch VG Hamburg in MDR 64/957.

3) Entgegen Eyermann-Fröhler (4) Rdn.23 zu § 40 wird man mit Ule, VwGO Vor. § 42 Anm. III schon grundsätzlich öffentlich-rechtliche Unterlassungsklagen der allgemeinen Leistungsklage nach § 40/I VwGO zuordnen müssen.

der Regel um Anfechtungsklagen handeln, da der Staat gegen den Bürger in Verfolgung seiner Schadenersatzansprüche im Wege des Leistungsbescheides, also in Form eines Verwaltungsaktes vorgehen wird.

Wird also auch keine völlige Einheitlichkeit des Rechtsweges herbeigeführt, so beruht dies doch nicht auf einem Mangel in der Konstruktion des öffentlichen Eigentums, sondern auf der speziellen Zuweisung bestimmter Schadenersatzansprüche an die Zivilgerichte durch die VwGO.

1.7 Die Nutzungsordnung im Rahmen des HWG

Die Nutzungsordnung im Rahmen des HWG richtet sich allein nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften dieses Gesetzes, und zwar insbesondere den §§ 16 - 19 HWG. Sie treten an die Stelle der sonst in Betracht kommenden bürgerlich-rechtlichen Regelungen, insbesondere an die Stelle der Miet- und Pachtvorschriften. Dabei fällt auf, daß der Begriff des sogenannten gesteigerten Gemeingebrauchs in dem Gesetz nicht mehr enthalten ist, es nur noch Gemeingebrauch, Anliegergebrauch und Sondernutzungen gibt. In der Aufgabe des Instituts des gesteigerten Gemeingebrauchs folgt das HWG insoweit dem Bundesfernstraßengesetz, führt aber im Gegensatz zu diesem den Anliegergebrauch an. Dieses Institut soll, wie sich aus der Begründung zum Hamburger Wegegesetz ergibt¹⁾, der Tatsache Rechnung tragen, daß die Anlieger einen über den Gemeingebrauch hinaus-

1) AaO S.41.

gehenden, weitergehenden Gebrauch des öffentlichen Weges rein tatsächlich ausüben können. Diese besonderen tatsächlichen Vorteile seien beispielsweise die Zugänge zum Weg oder die Möglichkeit, Baugerüste aufzustellen. Dabei wird betont, daß die Rechte des Anliegergebrauchs der Hauptbestimmung des Weges untergeordnet werden müssen.

Neben dem Gemeingebrauch und dem Anliegergebrauch sind auch die Sondernutzungen rein öffentlich-rechtlich geregelt. Es heißt in der Begründung zu § 19 HWG¹⁾, "die Sondernutzung wickelt sich nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen ab. Sondernutzungen, die nach bisherigem Recht oder bisheriger Übung durch privatrechtliche Verträge geregelt worden sind, sollen auslaufen und bei nächster Gelegenheit der neuen Regelung angepaßt werden". Auf Grund dieser rein öffentlich-rechtlichen Regelung entfällt die Notwendigkeit, mit einem Antragsteller, der eine Sondernutzung z.B. zur Errichtung eines Zeitungskioskes begehrt, Abreden im Rahmen zweier verschiedener Rechtsgebiete zu treffen. Zum einen einen privatrechtlichen Miet- oder Pachtvertrag und zum anderen eine öffentlich-rechtliche Sondernutzungserlaubnis. In § 19 Abs. 6 ist der Wegeaufsichtsbehörde das Recht eingeräumt, eine Sondernutzung auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag einzuräumen. Diese Regelung ist wegen der bei Erteilung von Sondernutzung in größerem Ausmaß erforderlichen, besonderen und vielfältigen Bedingungen notwendig. Sie entspricht auch der bisherigen Praxis, nach welcher größeren Unternehmen, wie etwa der Hamburger Hochbahn, den Hamburgischen Electricitäts-Werken oder den Hamburger Wasserwerken, die Erlaubnis zur Sondernutzung des öffentlichen Grundes durch sogenannte Konzessionsverträge erteilt wurde.

1) AaO S. 42.

Durch die Regelung des § 19 wird der Forderung Genüge getan, den Einfluß des privaten Eigentümers auf die sonstigen Nutzungen des Wegegrundes auszuschalten. Sämtliche Nutzungen öffentlicher Wege unterliegen allein der öffentlichen Sachherrschaft.

Was das Verhältnis zu den öffentlichen Versorgungsunternehmen betrifft, so hat sich grundsätzlich in Hamburg durch die Einführung des HWG keine wesentliche Veränderung ergeben, da in Hamburg die abzuschließenden Pauschalverträge mit den Versorgungsunternehmen, also die Konzessionsverträge, schon immer als öffentlich-rechtlich betrachtet wurden. In diesen Verträgen sind Folgepflichten festgelegt worden. Und durch spezielle vertragliche Normen wurde bisher verhindert, daß Leitungen Bestandteile des Wegegrundes wurden. Diese Vertragsabreden entfallen jetzt, da zum einen die Vorschriften des BGB auf Grund des § 4 Abs.1 Satz 4 HWG nicht anzuwenden sind und zum anderen in § 4 Abs.4 HWG ausdrücklich festgestellt worden ist, daß bauliche Anlagen, die auf oder unter einer im öffentlichen Eigentum stehenden Grundfläche in Ausübung einer Befugnis hergestellt worden sind, nicht Bestandteil dieser Grundfläche werden. Gleichzeitig ist angeordnet, daß, wenn solche baulichen Anlagen bei der Entstehung des öffentlichen Eigentums vorhanden sein sollten, sie ihre etwaige Eigenschaft als Bestandteil des Wegegrundes verlieren. Ein Ergebnis, zu dem die herrschende Meinung auch bisher schon gekommen ist, da immer schon angenommen wurde, daß z.B. Fernleitungen öffentlicher Versorgungsunternehmen, auch soweit sie über oder durch fremde Grundstücke führen und mit diesen fest verbunden sind, keineswegs gemäß §§ 94, 946 BGB den jeweiligen Eigentümern dieser Grundflächen gehören¹⁾.

1) Vgl. z.B. in BGHZ 37/353.

Mit Rechten Dritter kann in diesen Fällen fast nie eine Konkurrenz entstehen, da nach § 4 Abs.2 HWG stets unbelastetes Eigentum zu erwerben und zu widmen ist. Durch die Bindungen, denen der Träger des öffentlichen Eigentums im Gegensatz zum Privateigentümer unterworfen ist, entfällt für ihn die Möglichkeit, in den Fällen eines beabsichtigten Abschlusses eines sogenannten Konzessionsvertrages Koppelungen durchzuführen. Dadurch ist gewährleistet, daß der Träger der öffentlichen Sache nicht Gesichtspunkte der öffentlichen Versorgung oder staatlicher Wirtschaftspolitik ins Spiel bringt. "Der öffentliche Sachherr ist nur zur Vereinbarung solcher Klauseln berechtigt, die den jeweiligen widmungsgemäßen Gebrauch der öffentlichen Sache schützen und die technischen Modalitäten zum Schutze der anderen gleichberechtigten, widmungsfremden Nutzung festlegen"¹⁾. Scheidet man die Trennung zwischen widmungsfremden und widmungsgemäßen Nutzungen aus, so kann man sagen, daß diese von Hardinghaus aufgestellte Forderung im Hamburger Wegegesetz erfüllt ist.

1.8 Entschädigungsregelung

Im wesentlichen stellen die Vorschriften des 8. Teils eine Zusammenfassung der allerdings im einzelnen widersprüchlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Frage der Entschädigung bei Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff dar.

1) AaO S.128.

Es war beabsichtigt, im HWG eine abschließende Regelung der Entschädigungstatbestände zu treffen. Daher lautete die ursprüngliche Formulierung des § 36 dahin, daß Entschädigung "nur" gewährt werde, soweit es in den §§ 37 bis 39 bestimmt sei. Noch in der Begründung zum Entwurf des HWG hatte es gelautet¹⁾: "Durch den Entwurf werden nunmehr die Fälle, in denen ein entschädigungsloser Eingriff nicht zugemutet werden kann und daher eine Entschädigung zu zahlen ist, im einzelnen genau aufgezählt. In allen anderen Fällen dagegen soll für einen Entschädigungs- oder Aufopferungsanspruch kein Raum mehr sein. Durch das Gesetz soll also ausgesprochen werden, daß die nach dem Gesetz zulässigen Eingriffe, die nicht unter die Entschädigungspflicht gestellt sind, von den Betroffenen als sozial zumutbare Belastungen getragen werden müssen und können". Diese Fassung wurde zu Recht als verfassungsrechtlich bedenklich kritisiert. So führte Schultze -v.- Lasaulx in seinem Gutachten²⁾ aus, daß der allgemeine Gesichtspunkt des bundesrechtlich anerkannten Aufopferungsanspruchs durch diese Formulierung nicht ausgeschlossen werden könne und es daher anzuraten sei, das Wörtchen "nur" ganz zu streichen. Dies ist dann geschehen, so daß insofern keine abschließende Entschädigungsregelung im HWG getroffen ist³⁾.

1) AaO S.48.

2) Stenographischer Bericht S.7.

3) Vgl. in diesem Zusammenhang das Urteil des BGH vom 25. Juni 1959 in NJW 59/2156 zum badischen Aufbaugesetz. In dieser Entscheidung hat der BGH ausgeführt, daß nicht der Landesgesetzgeber festlegen dürfe, was Enteignung sei. Gegen die vorgesehene Formulierung zu Recht auch Schack aaO S.901. Allerdings ist anzunehmen, daß entgegen seiner Meinung durch die Streichung des Wörtchens "nur" auch sachlich zurückgestellt werden sollte (vgl.aaO Fußn.50).

Herauszuheben ist die Regelung des § 39 HWG, da wohl erstmalig den durch Bauarbeiten Geschädigten und mitunter in ihrer Existenz gefährdeten Gewerbetreibenden positiv-rechtlich ein Entschädigungsanspruch zugebilligt wird auch dann, wenn es sich nur um eine vorübergehende Beeinträchtigung handelt. Dieser Entschädigungsanspruch stellt eine wesentliche Verstärkung der Rechtsposition des einzelnen Gewerbetreibenden gegenüber den rechtmäßigen Eingriffen der Staatsgewalt in seine vermögensrechtlichen Interessen dar, dem vor allem bei der umfangreichen Bautätigkeit bei den neuen Massenverkehrsmitteln große Bedeutung zukommt. Mit Schack¹⁾ wird man also sagen können, daß die im Rahmen des 8. Teiles zugebilligten Entschädigungen rechtsstaatlichen Anschauungen "wohl im allgemeinen entsprechen werden, so daß die Geschädigten sich nicht veranlaßt sehen werden, weitergehende Ansprüche zu verfolgen und man wird auch sagen müssen, daß die Regelung im ganzen genommen und auch in mancher Einzelheit einen wesentlichen Fortschritt bedeutet...".

In diesem Zusammenhang mag noch auf § 38 HWG hingewiesen werden, der sich mit den Beeinträchtigungen, denen Anlieger ausgesetzt sind, beschäftigt. Auch hier stellt sich die Frage, inwieweit die gesetzlich normierte Regelung mit den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Aufopferung in Einklang zu bringen ist.

1) AaO S.901.

1.9 Ergebnis

Wenn es auch eine Reihe von Einzelheiten gibt, die durch die Normierung des Hamburger Wegegesetzes nicht abschließend geklärt sind, so erweist sich doch, daß eine durchgehend öffentlich-rechtliche Regelung für bestimmte öffentliche Sachen unter Einschluß des Instituts des öffentlichen Eigentums möglich ist und eine geschlossene, rechtssystematisch einwandfreie, theoretisch folgerichtige und praktikable Lösung gefunden werden kann.

2 Das Gesetz zur Ordnung
 deichrechtlicher Verhältnisse

Das zweite Gesetz, das in Hamburg öffentliches Eigentum eingeführt hat, ist das Deichordnungsgesetz¹⁾. Auch für die Deiche gilt das, was schon für die Hamburger Straßen und Wege ausgeführt worden ist. Die ausschließlich öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise der Deiche und Wasserläufe hat sowohl im 19. als auch im beginnenden 20. Jahrhundert ganz eindeutig das Hamburger Rechtsdenken und Rechtsleben beherrscht. Daher war es konsequent, daß der Hamburgische Gesetzgeber bei der Neuordnung des Deichrechts im Jahre 1964 dem Wegegesetz gefolgt ist und eine Gleichstellung von Deichen und öffentlichen Wegen vornahm. Dies lag schon dehalb nahe, weil Deiche und öffentliche Wege häufig zusammenfallen. Darüberhinaus war man in Hamburg der Ansicht, daß auf Grund der Flutkatastrophe es notwendig sei, alle Hochwasserschutzanlagen, die ausschließlich eine öffentliche Funktion erfüllen sollten, in öffentliches Eigentum zu überführen, da allein dieses Rechtsinstitut der Zweckbestimmung der Hochwasserschutzanlagen gerecht würde²⁾. Rechtlich erleichtert wurde diese Regelung zum Teil durch die Tatsache, daß die Deiche auf Grund der seit 1900 kodifizierten Regelung in niemandes Eigentum standen und den Deichunterhaltungspflichtigen nur nach Art eines dominium utile zugesprochen waren³⁾.

- 1) Vom 29. April 1964 (HGVB1. I S. 79. Zu den einzelnen Vorschriften vgl. die im Anhang II abgedruckte Fassung des Gesetzes.
- 2) Vgl. Begründung zum Entwurf eines Deichordnungsgesetzes S. 10 in Mitteilungen des Senats an die Bürgerschaft Nr. 154/62.
- 3) Vgl. bei Haas Bodenrecht in Hamburg aaO S. 31; Zum "Deicheigentum" im hergebrachten Sinne s. §§ 51 ff des AGBGB vom 14. Juli 1899 (AB1. S. 341). Das sogen. Deicheigentum wurde als dingliches Recht konstruiert, während es vor 1900 überwiegend als Pertinenz des geschützten Grundstücks gedacht wurde (Haas aaO Fußn. 21).

Es handelte sich dabei um ein Eigentum beschränkten Inhalts, das als "Deicheigentum" bezeichnet wurde. Der Deicheigentümer durfte sein Eigentum nicht nach freiem Belieben nutzen, sondern mußte den Zweck des Deiches respektieren. Diese Regelung galt aber nur für das Althamburger Gebiet. Soweit ehemals preußische Gebiete zum Hamburger Staatsgebiet dazukamen, bestand insoweit an der Mehrzahl der Deichflurstücke bürgerlich-rechtliches Eigentum.

Das Deichordnungsgesetz sollte diese Rechtszersplitterung beseitigen durch die einheitliche Unterstellung aller Hochwasserschutzanlagen unter das öffentliche Recht und die Einführung des öffentlichen Eigentums.

Durch Teil I des Deichordnungsgesetzes wurden in das Hamburgische Wassergesetz die Vorschriften eingefügt, die sich auf Hochwasserschutzanlagen bezogen, insbesondere § 4a HWaG, durch den öffentliches Eigentum an den Hochwasserschutzanlagen, die auf Grund einer in das Wasserbuch eingetragenen Planfeststellung oder Genehmigung errichtet worden sind und der Freien und Hansestadt Hamburg gehören, eingeführt wurde. Die Voraussetzungen, unter denen das öffentliche Eigentum entsteht, unterscheiden sich also zum einen von denen der Regelung im HWG dadurch, daß nicht die Widmung, sondern die im Wasserbuch eingetragene Planfeststellung oder Genehmigung gemäß § 55 HWaG zu dem Eigentumserwerb der Hansestadt Hamburg hinzukommen müssen. Im übrigen ähnelt in dieser Variante die Regelung der des HWG. Auch im DOG heißt es (§ 4a Abs.2 Satz 2), daß öffentliches Eigentum frühestens mit dem Zeitpunkt entstehe, in dem die Freie und Hansestadt Hamburg nach bürgerlichem Recht unbelastetes Eigentum erwerbe.

Zum anderen ist im DOG eine Umwandlung des bürgerlich-rechtlichen Grundeigentums in das öffentliche Eigentum im Wege einer Legalenteignung vorgesehen. Es heißt in § 2 Abs.1: "Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes entsteht öffentliches Eigentum im Sinne von § 4a des Hamburgischen Wassergesetzes an allen in der Anlage I aufgeführten Flurstücken". Diese Flurstücke standen aber bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zumindest teilweise in - wenn auch beschränktem - bürgerlich-rechtlichem Eigentum.

Die im DOG vorgesehene Legalenteignung hält sich auch im Rahmen des Art.14 Abs.3 Satz 2 GG, wie das Bundesverfassungsgericht nunmehr entschieden hat¹⁾. Darüber hinaus ist bei der Enteignung die Verwaltung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs gebunden. Es kann sich die Frage stellen, ob es z.B. notwendig ist, ein Flurstück zu enteignen und an ihm öffentliches Eigentum zu statuieren mit der Folge, daß dem bisherigen Besitzer jegliche Verfügungsbefugnis entzogen wird, nur um es mit einer Asphaltdecke zu versehen. Das Verfassungsgericht hat dazu ausgeführt: "Die Enteignung müsse ultima ratio sein; sie könne nur dann als zulässig angesehen werden, wenn es keine andere rechtlich und wirtschaftlich vertretbare Lösung gebe als die Enteignung; sie sei solange unzulässig, "als der Zweck, dem sie dienen soll, auch auf andere, weniger schwer in die Rechte des Einzelnen eingreifende Weise erreicht werden kann". Die Enteignung sei auch unzulässig, wenn dem Gemeinwohlinteresse ohne die Entziehung des Eigentums zum Beispiel durch Einräumung dinglicher oder obligatorischer Rechte Rechnung getragen werden könne. Auch

1) BVerfG Urt.v.18.12.1969 = NJW 69 S.309(312) und oben Seite 196 ff

bei der Wahl der Mittel, die zur Erreichung des Enteignungszweckes erforderlich sind, müßten die Maßnahmen gewählt werden, die die Betroffenen am geringsten belasten. Schließlich dürften nur solche Grundstücke in die Enteignung einbezogen werden, die für den öffentlichen Zweck benötigt würden.

Diese für die Administrativenteignung entwickelten Grundsätze müssen in gleichem Maße für die Legalenteignung gelten."¹⁾ Diese Grundsätze sind, wie das Gericht entschieden hat, bei den Maßnahmen, die im Rahmen des DOG getroffen worden sind, eingehalten worden.

Die Enteignung durfte auch nur zum Wohle der Allgemeinheit erfolgen, "wobei das GG gerade das im Bereich der Eigentumsordnung aktuelle Spannungsverhältnis zwischen den Interessen des Einzelnen und den Belangen der Allgemeinheit selbst dahin entschieden hat, daß im Konfliktfall das Wohl der Allgemeinheit der Vorrang vor der garantierten Rechtsstellung des Einzelnen" gebührt²⁾.

Weiter hat das Gericht ausgeführt, daß die im DOG normierte Enteignung auch in sachlicher Beziehung nicht weiter als erforderlich in die Rechte der Deicheigner eingegriffen hat: "Nach dem bisherigen Recht hatten die Eigentümer der Deichfläche nur eine begrenzte Möglichkeit, ihre Grundstücke zu nutzen. Soweit solche Nutzungen bestanden, sind sie durch § 3 Abs.1 DOG im bisherigen Umfang aufrechterhalten geblieben. Den eigentlichen Wert ihrer Rechte hat das Gesetz nicht wesentlich ange- tastet. Darüber hinaus sind die - über 10 qm großen - Grundflächen von Gebäuden, auch wenn sie bisher in Deicheigentum standen, von der Rechtsumwandlung ausgenommen

1) BVerfG a.a.O. S.55 der Gründe.

2) BVerfG a.a.O.

(§ 4 Abs.1 DOG); das Gesetz ergreift somit nicht die Grundflächen, an denen die Eigentümer mehr als ein einfaches Nutzungsrecht besaßen. Hiermit ist die Intensität des Eingriffs auf das unumgängliche Maß beschränkt¹⁾.

Da durch das genannte Gesetz das Hamburgische Wassergesetz, in dem das öffentliche Eigentum nicht eingeführt ist, ergänzt wurde, entsteht im Rahmen dieses Gesetzes insoweit eine Mischlage. Nachteilig wirkt sich das deshalb nicht aus, weil sich das öffentliche Eigentum nur auf die Hochwasserschutzanlagen bezieht. Eine Trennung von den sonstigen im Wasserrecht geregelten Tatbeständen ist daher möglich.

1) BVerfG a a.O. S.66 f.

3. Die Möglichkeit, das öffentliche Eigentum auch dort nachzuweisen, wo es nicht positive Norm ist

Für den Nachweis, daß es sich bei dem Begriff des öffentlichen Eigentums nicht nur um einen theoretisch möglichen Begriff handelt, sondern daß dieses Institut sinnvoll in das Gebäude des öffentlichen Sachenrechts eingefügt werden kann, ja, daß es erst den Schlußstein einer in sich geschlossenen Ordnung der öffentlichen Sachen bildet, boten sich die konkreten Normierungen in den Hamburger Gesetzen an.

Daneben aber besteht ohne Zweifel auch die Möglichkeit, dieses Rechtsinstitut dort nachzuweisen, wo es nicht ausdrücklich normiert ist. "Seit der Überwindung des Positivismus wissen wir, daß sich das Recht nicht in dem positiven Ausdruck erschöpft, den das Gesetz ihm gibt"¹⁾.

Insbesondere das Wasserrecht bietet eine Vielzahl von gesetzlichen Einzelregelungen sowohl bundesrechtlicher als auch landesrechtlicher Provenienz, in denen das Institut

1) Forsthoff VerwR (8) S.151.

des öffentlichen Eigentums nachgewiesen werden könnte¹⁾.

Es liegt auf der Hand, daß gerade das Wasserrecht sich anbietet, den angedeuteten Nachweis zu erbringen. Bedingt durch die Schwierigkeiten, die sich bei der Unterordnung der fließenden Welle unter den Eigentums- und Sachbegriff des bürgerlichen Rechts ergeben, haben sich zivilistische Vorstellungen und Konstruktionen nicht in so starkem Maße durchsetzen können wie im Wegerecht. Daher wird auch immer wieder der Versuch gemacht, den Begriff des 'Eigentums' im Rahmen der Nutzungsordnung des Wasserrechts überhaupt nicht zu verwenden. Der Begriff des öffentlichen Eigentums dagegen erscheint flexibel genug, auch auf diesem Gebiet als Ordnungsbegriff eingeführt zu werden, mit dem bestehende Realitäten adäquat umschrieben werden könnten.

Aber nicht nur im nationalen Recht läßt sich der Nachweis erbringen. Vielmehr gibt es zumindest im Bereich des europäischen Gemeinschaftsrechts eine Regelung, die möglicherweise dem vorliegend umrissenen Begriff des öffentlichen Eigentums zuzuordnen wäre. Es heißt in Art. 86 des Euratomvertrages: "Die besonderen spaltbaren Stoffe sind Eigentum der Gemeinschaft". Der hier verwendete

1) Zu diesem Themenkreis vgl. zB: Sievers DVBl 60/457 ff, ders. in DVBl 62/77 ff 193 ff 313 ff; Frießecke Recht der Bundeswasserstraßen bes. S 62 ff, ders. DÖV 60/58 ff+ DVBl 62/203 ff; Külz Staatsbürger S 292; Thierfelder DÖV 60/58 ff; Tober DVBl 61/575 ff; Wiedemann DVBl 65/17 ff; Ramelow DVBl 62/88 ff; Reinhardt Diss 1960; Benad Diss 1958; Gieseke in Festschrift für Lehmann Bd I S 308 ff; Löffelmann Diss 1954; Krüger in 'Grundfragen'.

Begriff des Eigentums ist heftig umstritten¹⁾. Dabei reichen die Ansichten über die ganze Skala der möglichen Interpretationen. Von einer 'leeren' Begriffshülse über Privateigentum im nationalen Sinn des jeweiligen Staates, einem neuartigen Rechtsinstitut des supranationalen Rechts bis hin zum öffentlichen Eigentum werden alle Definitionen angeboten.

Es soll nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, alle Einzelprobleme darzustellen. Es kann ein Hinweis genügen, daß die Existenz des öffentlichen Eigentums nicht auf die gesetzlichen Regelungen beschränkt ist, in denen es positivrechtlich normiert ist. Auch ohne die gesetzlichen Regelungen in Hamburg und Baden-Württemberg ließe sich der Nachweis führen, daß das öffentliche Eigentum ein notwendiger Bestandteil jeder öffentlich-rechtlichen Sachordnung sein muß, um die Geschlossenheit der rechtssystematischen Ordnung zu gewährleisten.

1) Zur Frage des Eigentumsbegriffs vgl. insbes. Ballerstedt VEnergR 6/35 ff; Helmut Drück S 92; Fischhof Atomgesetz S 175 Anm 20 ff, ders. NJW 60/317 ff; Böhm NJW 61/1553 (1956), ders. Diss 1959; Groeben-Boeckh Kommentar zum Euratom S 12 f; Pelzer S 398; Mattern-Raisch Atomgesetz S 95 Anm 9; auch Schnorr in Wirtschaftsdienst 1961 S 124 ff.

Schlußbetrachtung

Otto Mayer hat 1924 gemeint, die junge Verwaltungswissenschaft schlage auf dem Boden der Frage des öffentlichen Eigentums noch die letzte Schlacht; solange diese Stellung nicht auch noch genommen werde, sei die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft nicht fertig¹⁾. Diese Auseinandersetzung ist auch heute nicht gewonnen. Zwar haben die Verteidiger zivilrechtlicher Bastionen im Bereich des öffentlichen Rechts Niederlagen erlitten, ihr Widerstand ist aber noch nicht überwunden.

Es erschien daher auf Grund der konkreten Hamburger Normierungen ein günstiger Zeitpunkt, einen neuen Versuch zu unternehmen, die Verwaltungsrechtswissenschaft einen Schritt näher an den Sieg heranzuführen. Dabei ist die Ausgangsstellung gegenüber der Position, aus der Otto Mayer seinen Kampf führen mußte, durch die positive Normierung des öffentlichen Eigentums in Hamburger Gesetzen wesentlich verbessert.

Es hat sich gezeigt, daß den Ländern die Kompetenz zur Einführung des öffentlichen Eigentums zusteht. Und weiter, daß eine sinnvolle und praktikable Ordnung der öffentlichen Sachen unter Einschluß des theoretisch einwandfrei abzuleitenden Begriffes des öffentlichen Eigentums geschaffen werden kann.

1) AaO S 72 FFn 1.

Dabei muß betont werden, daß es sich bei der Einführung des öffentlichen Eigentums keineswegs um eine Revolution handelt, die das Gefüge öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Normen zu sprengen droht. Vielmehr hat der Hamburger Gesetzgeber nur einen Teil der Rechtswirklichkeit positivrechtlich erfaßt. Nicht eine Revolution, sondern eine Evolution hat dazu geführt, daß das privatrechtliche Moment und damit auch das Privateigentum aus der Ordnung der öffentlichen Sache verdrängt wurde. Das Institut des Privateigentums ist der Rechtswirklichkeit der öffentlichen Sache inadäquat geworden. Es galt daraus die Konsequenzen zu ziehen und den Privateigentumsbegriff aus der Ordnung des öffentlichen Sachenrechts auszuschließen. Er erfüllt keine Funktion mehr. An die Stelle muß ein Vollrecht des öffentlichen Sachenrechts treten, das öffentliche Eigentum.

Damit ist dem öffentlichen Sachherrn die Möglichkeit gegeben, die öffentliche Sache allein dem öffentlichen Sachzweck zu unterstellen und gleichzeitig die Pflicht auferlegt, sie nur zu diesem öffentlichen Sachzweck zu verwenden.

Literaturverzeichnis

Grundsätzlich ist nur der Name des Autors zitiert; soweit mehrere Werke eines Verfassers verwendet wurden, ist dem Namen ein kennzeichnendes Wort oder die Zeitschriftenfundstelle beigelegt.

- Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des deutschen Reiches. Unveränderter Nachdruck, 14. Aufl., Bad Homburg v.d.H. 1960.
- Staatsrecht, in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 4, München-Berlin-Leipzig, 7. Aufl. 1914.
- Arndt, Adolf: Staatsrecht des Deutschen Reiches. Berlin 1901.
- Aron, Erich: Aufsätze in Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, Leipzig 1896.
- Bachhof, Otto: Verfassungswidrige Verfassungsnorm in Recht und Staat, Heft 163/164 Tübingen 1951.
- Ballerstedt, Kurt: Das Eigentum an Kernbrennstoffen. Veröffentlichung des Instituts für Energierecht, Heft 6, Bonn 1962, zit: VEnergR 6.
- Ballerstedt-Salzwedel: Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden, ggfs. mit welchen Grundzügen. Gutachten zum 44. Deutschen Juristentag D, Teil 1, Bd. 5, 1962, zit: Gutachten.
- Bauer, Marianne: Die Tragweite des § 905 BGB für die Verlegung von Versorgungsleitungen. Einzelfragen des Energierechts in Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn, VEnergR Heft 5, S. 25 ff., zit: Einzelfragen.
- Bayer, Hermann-Wilfried: Die Bundestreue. Tübingen 1961.
- Behr, Chr.: Öffentlicher Grund und Staatsgrund im Hamburgischen Verwaltungsrecht. Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift 1930/135 ff. .
- Benad, Horst: Der Staat als Hoheitsträger und Fiskus im Wasserrecht. Diss., Hamburg 1958.
- Bensche, Paul: Grundsätze für das Verhältnis des BGB zum Reichs- und Landesrecht, Diss., Erlangen 1898.
- Berber, Friedrich: Lehrbuch des Völkerrechts. Bd. I: Friedensrecht, München 1960, Bd. II: Kriegerrecht, München 1962.

- Bericht des Sonderausschusses der Hamburger Bürgerschaft für das Hamburgische Wegegesetz, März 1961, und stenographischer Bericht über seine Verhandlungen in der 17. Sitzung von Montag, den 22. Februar 1960 zu § 4: Öffentliches Eigentum.
- Bettermann, Karl-August: Das Verwaltungsverfahren. VVDStRL 17/118, Berlin 1959.
- Bogs, Harald: Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen in Res publica, Band 15, 1966.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 18, Berlin 1964.
- Böhm, Peter: Die internationale Regelung der Eigentumsverhältnisse im Bereich der friedlichen Verwendung der Atomenergie. Diss., Saarland 1959.
- : Die juristische Problematik des europäischen Kernbrennstoffeigentums. NJW 1961/1553.
- Böttcher, Eduard: Gesetzgebungskompetenz der Länder auf dem Gebiete des Arbeitsrechts? RdArb. 1958/361 ff.
- Bonner Kommentar: Kommentar zum Grundgesetz. Hamburg 1950 ff. (11. Lief. 1964).
- Bühler, Ottmar: Besprechung von Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht. " Die Bedeutung für die Praxis und die kommende Zeit der Verwaltungsreform". VerwArch 27/282 ff. .
- Bullinger, Martin: Mineralölföhrleitungen. Stuttgart 1962.
- : Der Anwendungsbereich der Bundesaufsicht. AöR 83/279 ff. .
- : Zur Tagung der Staatsrechtslehrer 1962. AöR 88/80 ff. .
- Bundesrecht und Bundesgesetzgebung 1950, in Weinheimer Berichte, hersg. vom Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, Frankfurt.
- Clasen, Heinrich: Das mit Zivil- und Verwaltungsrecht gemischte Rechtsverhältnis. DÖV 1959/281 ff. .
- Cosack, Konrad: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 6. Aufl., Jena 1913.

- Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Tübingen - Leipzig 1900.
- Dahs, Hans: Bundes- und Landesarbeitsrecht. RdArb. 1949/ 321 ff. .
- Dambitsch, Ludwig: Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin 1910.
- Deichordnungsgesetz: Begründung zum Entwurf eines Deichordnungsgesetzes in Mitteilungen des Senats an die Bürgerschaft Nr. 154/62, Hamburg.
- Drück, Helmut: Die internationale Zusammenarbeit bei der friedlichen Verwendung der Atomenergie innerhalb Europas. Berlin-Frankfurt a/M. 1959.
- Eck, Ernst: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, Berlin 1903.
- Endemann, F.: Kommentar zum BGB, Bd. I, 8. Aufl., Berlin 1903.
- Erler, Georg: Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts. Göttingen 1956.
- Ermacora, Felix: Die Organisationsgewalt. VVDStRL 16/191 ff. .
- Eyermann-Fröhler: Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung. 3. Aufl. 1962, 4. Aufl. 1965, München-Berlin.
- Ferid, Murad: Zur Problematik des Eigentumsrechts als Rechtsinstitut. Studien des Instituts für Ostrecht Bd. 5 S. 5 ff., 1958, zit: Studien.
- Fischer, H. : Das nordrhein-westfälische Urlaubsgesetz. ArbuR 56/267 ff.
- Fischerhof, Hans: Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht. Kommentar, Baden-Baden 1961.
- : Das Deutsche Atomgesetz. NJW 1960/317 ff. .
- Fleiner, Fritz: Bundesstaatliche und Gliederstaatliche Rechtsordnung. VVDStRL 6/ S. 3 ff. und S. 27 ff. .
- : Über die Umbildung privatrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. Tübingen 1906, zit: Umbildung.
- : Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. 1928, 2. Neudruck 1963.

- Fleischhauer, Hans August: Über die Enteignung von Grundbesitz der Gebietskörperschaften nach geltendem Recht, München 1960.
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 8. Aufl. 1961, 9. Aufl. 1966, München-Berlin, zit: VerwR (8) und VerwR (9).
- : Die Verwaltung als Leistungsträger. 1938.
 - : Rechtsstaat im Wandel. Stuttgart 1964.
- Friedrichs, Karl: Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht. AöR 40/ 257 ff. .
- Friesecke, Albrecht: Recht der Bundeswasserstraßen. 1962.
- : Das Eigentum des Bundes an Seewasserstraßen. DVBl. 62/203 ff. .
 - : Das Eigentum des Bundes an den Bundeswasserstraßen und seine Geltendmachung. Erwiderung zum Aufsatz von Thierfelder, DÖV 1960/58 ff. .
- Galperin, Hans: Bundesrecht, partielles Bundesrecht und Landesrecht im Arbeitsrecht. In: Rechtseinheit im deutschen Arbeitsrecht, Kölner Universitätentag Köln 1951, zit: Rechtseinheit.
- Geiger, Willi: Gesetz über das Bundesverfassungsgericht. Kommentar, Berlin und Frankfurt, 1952.
- Giacometti, Zaccharia: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts. 1. Bd. Zürich 1960, zit: Verwaltungslehren.
- Giese, Friedrich: Die Bundeskompetenz zur Regelung des Bauwesens. AöR 80/212 ff. .
- Gieseke, Paul: Eigentum und Grundwasser. Veröffentlichung der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen Heft 79, Köln 1959.
- : Sozialbindung des Eigentums im Wasserrecht. Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. I, S. 308 ff. Berlin-Tübingen 1956.
- Gieseke-Wiedemann: Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, München-Berlin 1963.
- Groebe, Klaus v.d.: Empfiehlt es sich, den Allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Referate zum 43. Deutschen Juristentag, Bd. II, Teil D, Tübingen 1960.

Groebe-Boeckh, Kommentar zum Euratom. Handbuch für europäisches Wirtschaftsrecht, Baden-Baden.

Grundmann, Siegfried: Die Kirchengemeinde und das kirchliche Vermögensrecht. Staatsverfassung und Kirchenrecht, Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962 S. 309 ff. .

Gruson, Michael: Die Bedürfniskompetenz. Berlin.

Haas, Diether: Die öffentlichen Sachen. DVBl. 62/653 ff. .

- : Bodenrecht in Hamburg. Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, S. 25 ff., Hamburg 1966.

- : Bundesgesetze über Organisation und Verfahren der Landesbehörden. AöR 80/81 ff. .

Haenel, Albert: Deutsches Staatsrecht. Bd. I, Leipzig 1892.

- : Handbuch des Deutschen Staatsrechts. Bd. I 1930, Bd. II 1932, Tübingen.

Hamann, Andreas: Das Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. Berlin 1961.

Hardinghaus, Herbert: Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung. Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 39, Diss., Berlin 1966.

Hatscheck, Julius: Bentham und die Geschlossenheit des Rechtssystems. AöR 1909 Bd. 24 S. 442 ff. .

Haustein, Werner: Die Eisenbahnen im Deutschen öffentlichen Recht. Frankfurt/M. 1960.

Henke, Wilhelm: Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen 1968.

Herrnritt-Hamann: Verwaltungsrecht. Tübingen 1921, zit: Herrnritt Verwaltungsrecht.

Hesse, Konrad: Der unitarische Bundesstaat. Karlsruhe 1962, zit: Bundesstaat.

- : Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Karlsruhe 1967, zit: Grundzüge.

- : Normative Kraft der Verfassung.

- Heusser, Walter: Die Flucht des Gemeinwesens in die
privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem.
Diss., Zürich 1949, zit: Flucht.
- Holstein, Günter: Die Lehre von der öffentlich-rechtli-
chen Eigentumsbeschränkung. Berlin 1921, zit:
Eigentumsbeschränkung.
- Huber, Ernst-Rudolf: Wirtschafts- und Verwaltungsrecht.
Bd. I, 2. Aufl. 1953, Bd. II, 2. Aufl. 1954,
Tübingen.
- Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Bd. I. 6.
Aufl. 1957, 7. Aufl. 1963, Berlin-Frankfurt/M.,
zit: Hueck Arbeitsrecht.
- Imboden, Max: Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Basel
1950 in ZSR.
- : Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Ver-
waltung. 2. Aufl., Basel und Stuttgart 1962.
- Ipsen, Hans-Peter: Die öffentliche Subventionierung
Privater. DVBl. 1956/461 ff. .
- : Die Unzulässigkeit einer Neuregelung des Perso-
nalvertretungsrechts durch den Landesgesetzgeber.
RdArb 54/31 ff. .
- Jacob, Otto-Wilhelm: Eigentumsbegriff und Eigentums-
system des sowjetischen Rechts, Köln-Graz 1965.
- Jahrreiß, Hermann: Völkerrecht und Bonner Grundgesetz.
Festschrift für Willibald Apelt, München-Berlin
1958.
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht. 3. Aufl. Berlin 1931,
Neudruck 1948, 2. Aufl. Berlin 1929.
- Kaiser, Gerhardt: Zur Ableitung des Verfassungsprinzips
des bundesfreundlichen Verhaltens aus dem Begriff
des Bundesstaates. DÖV 1961/653 ff. .
- Konkordatsprozeß. Herausgegeben von Friedrich Giese und
Frhr. v. d. Heydte, 4. Aufl., München 1957.
- Kölble, Josef: Gemeinschaftsaufgaben der Länder und ihre
Grenzen. NJW 62/1081 ff. .
- Köttgen, Arnold: Öffentliches Sachenrecht. In Deutsches
Verwaltungsrecht, hersg. von Hans Frank (1937),
zit: Deutsches Verwaltungsrecht.

- Köttgen, Arnold: Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative. Göttingen 1961.
- : Kodifikation des Privatrechts und arbeitsrechtliche Zuständigkeiten der Landesgesetzgebung. BB 1956/441 ff. .
 - : Grundfragen zum Wasserrecht. Beiträge zur Wasserwirtschaft, Heft 1, S. 1 ff., Jena 1925.
 - : Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung. JÖR NF 3/66 ff. und JÖR NF 11/180 ff. .
 - : Die Organisationsgewalt. VVDStRL 16/154 ff. .
- Krause, Klaus-Dieter: Der Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen im neuen Verwaltungsrecht. Diss., Köln 1961.
- Krüger, Herbert: Gegen eine Entstaatlichung der öffentlichen Wege. Rechtsgutachten in Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft Güterfernverkehr im Bundesgebiet Heft 1/1954, Bielefeld 1954.
- : Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung. Gegenwartsfragen der Wasserwirtschaft 1957, Heft 3, zit: Grundfragen.
 - : Rechtsfragen der Sozialisierung in Hessen. AöR 77/46 ff. .
- Külz, Helmut R.: Fragen des Eigentums und Enteignung im neuen Wasserrecht. In Staatsbürger und Staatsgewalt S. 293.
- Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 5. Aufl., 4 Bände, Tübingen 1911, 1911, 1913, 1914.
- Langer, Gottfried: Ausgangslinien für eine Erörterung zu der Frage des Verwaltungseigentums. Tübingen 1961, zit: Ausgangslinien.
- Lassar, Gerhard: Reichseigene Verwaltung unter der Weimarer Verfassung. JÖR AF 14/1 ff. .
- Leibholz-Rink: Grundgesetz. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 1966
- Leonhardt, Paul: Die Verfassungsmäßigkeit des Kodifikationsprinzips im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung. Diss., Berlin 1964, zit: Kodifikationsprinzip.

- Lerche, Peter: Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip. VVDStRL 21/66 ff. .
- : Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungs-
direktiven. AöR 90/341 ff., zit: Verfassungsdi-
rektiven.
- Löffelmann, Hans-Joachim: Bundeswasserstraßen und Grund-
gesetz. Diss., Köln 1954.
- Mallmann, Walter: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung
VVDStRL 19/165 ff. .
- v.Mangoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz. Kommentar,
1. Aufl. Bd. I 1953, 2. Aufl. Bd. I 1957, 2. Aufl.
Bd. II 1964, Berlin-Frankfurt.
- Marschall, Ernst: Bundesfernstraßengesetz. Kommentar,
1. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1963.
- Mattern-Raisch: Atomgesetz. Kommentar, Berlin-Frankfurt
1961.
- Maunz, Theodor: Hauptprobleme des öffentlichen Sachen-
rechts. Eine Studie zur Methodik und Dogmatik des
deutschen Verwaltungsrechts. München-Berlin-
Leipzig 1933, zit: Maunz Hauptprobleme.
- : Deutsches Staatsrecht. 16. Aufl., München 1968,
zit: Lehrbuch.
- : Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten.
Die Verwaltung Heft 22, 1951, hersg. von Friedrich
Giese.
- : Rechtsprobleme im Energiewirtschaftsrecht (II/
642), zit: Rechtsgutachten.
- : Rechtsgutachten über die Pflichten des Landes
Niedersachsen aus dem Reichskonkordat. In Bd. II
Konkordatsprozeß S. 776 ff. .
- Maunz-Dürig: Grundgesetz. Kommentar, München-Berlin 1964.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. 2. Aufl., 2 Bde.
München-Leipzig 1917, zit: O. Mayer (2) I, II; 3.
Aufl., 2 Bde., München-Leipzig 1924, zit: O. Mayer
(3) I, II.
- Merk, Wilhelm: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I, Berlin
1962.

- Merten, Max: Gutgläubiger Eigentumserwerb und Zeitablauf in ihrer Bedeutung für das rechtliche Schicksal öffentlicher Sachen. Diss. Berlin 1935.
- Meyer-Anschütz: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., München-Leipzig 1919.
- Molitor, Erich: Zweckbindung des Eigentums. Festschrift für Alfred Schultze, S. 33. ff., Weimar 1934, zit: Zweckbindung.
- Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB. Bd. I: Motive, Berlin 1899.
- Müller, Gebhardt: Bundestreue im Bundesstaat. Festschrift für Kiesinger S. 213 ff., Stuttgart 1964.
- Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes. Köln und Berlin 1964, zit: VwVerfG 1964.
- Niedener, A.: Das Einführungsgesetz von 18. August 1896, Berlin 1901.
- Nikisch, Arthur: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Bd. I; 2. Aufl. 1955, 3. Aufl. 1961, Tübingen, zit: Arbeitsrecht I.
- Nipperdey, Hans Carl: Bundesprivatrecht und Landesprivatrecht. NJW 1951/897 ff. .
- Ossenbühl, Fritz: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, zit: Verwaltungsvorschriften. Bad Homburg v.d.H., Berlin-Zürich 1968.
- Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 29. Aufl., 1969.
- Pelzer, Norbert: Die rechtliche Problematik der Beschränkungen der deutschen Atomwirtschaft durch den Euratomvertrag. Der Betrieb 1962/394 ff. .
- Peters, Hans: Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949.
- : Verwaltung ohne gesetzliche Verpflichtung. Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, S. 206 ff., Bern 1961.
- : Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis. Bd. I 1956, Bd. II 1957, Bd. III 1959, Berlin-Göttingen-Heidelberg, zit: Handbuch.

- Poetzsch-Meffter: Handkommentar der Weimarer Reichsverfassung. 3. Aufl., Berlin 1928.
- Posener, Paul: Das deutsche Reichsrecht im Verhältnis zum Landesrecht. Breslau 1900, zit: Reichsrecht.
- Raiser, Ludwig: Das Eigentum als Rechtsbegriff in den Rechten West- und Osteuropas. Rabels Zeitschrift, 26. Jahrgang 1961, S. 230 ff., Berlin-Tübingen
- Ramelow, Michael: Ist der Bund Eigentümer der Seewasserstraßen? DVBl. 1962/83 ff. .
- Reichsgerichtsrätekomentar zum BGB, 10./11. Aufl., Bd. 1, 1953, zit: RGRK.
- Reinhardt, Klaus: Berechtigung und Bedeutung des Eigentums an Wasserläufen nach deutschem Wasserrecht. Diss., Bonn 1960.
- Ring, Wolfgang: Der Öffentliche Weg und das Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des bayerischen Verwaltungsrechts. Diss., München 1957, zit: Diss. .
- Rupp, Hans-Heinrich: Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Tübingen 1965.
- Salzwedel, Jürgen: Gedanken zur Fortentwicklung des Rechts der öffentlichen Sachen. DÖV 63/241.
- Ballerstedt: Gutachten zum 44. Deutschen Juristentag, Teil 1, Bd. 5, 1962.
- Satz, Edith: Das Öffentliche Eigentum in Hamburg. Fischers Zeitschrift Bd. 79 S. 161 ff., Diss., Heidelberg 1934.
- Schack, Friedrich: Bemerkenswertes aus dem Hamburgischen Wegegesetz vom 4. April 1961. DVBl. 1961, 897 ff. .
- Schäfer, Hans: Bundesaufsicht und Bundeszwang. AöR 78/1 ff. .
- Schallenberg, Hermann: Die Widmung. Stuttgart 1958.
- Schouner, Ulrich: Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit. DÖV 60/601 ff., auch in Mitteilungen der kom. Gemeinschaftsstelle für Verwaltungvereinfachung, Juni 1960.
- : Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauchs und der Nutzung öffentlicher Sachen. Festschrift für Paul Gieseke, Karlsruhe 1958, S. 73 ff., zit: Gemeinverträglichkeit.

Scheuner, Ulrich: Wandlungen im Föderalismus der Bundesrepublik. DÖV 66/513 ff. .

- : Zur Neuordnung des Wegerechts. RVerwBl. 1937/729 ff. .

- : Rechtsgutachten über den Abschluß und Rechtsbestand des Konkordats zwischen dem Hl. Stuhle und dem Deutschen Reiche vom 20. Juli 1933, Bd. II S. 670 ff. Konkordatsprozeß.

Schmitt, Carl: Verfassungslehre. S. 370 ff., 1928.

Schneider, Hans: Verträge zwischen den Gliedstaaten im Bundesstaat. VVDStRL 19/1 ff. .

Schnorr, Gerhard: Die Eigentumsordnung im Euratom-Vertrag. Wirtschaftsdienst 1961/124 ff., Hamburg.

Schrödter, Hans: Bundesbaugesetz. Kommentar, Berlin-Frankfurt 1964.

Schulze Hermann: Deutsches Staatsrecht. Bd. I 1881, Bd. II 1886, Leipzig, zit: Schulze I (bzw. II) Staatsrecht.

Schultze-v.Lasaulx: In Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Wegegesetzausschusses der Hamburger Bürgerschaft vom 22. Februar 1960. zit: Stenographische Berichte.

Seagle, W.: Weltgeschichte des Rechts. München-Berlin 1951.

Seifert-Geeb: Das deutsche Bundesrecht. Baden-Baden.

Seydel, Max v.: Kommentar zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich. Freiburg im Breisgau und Leipzig 1897, zit: Seydel aRV.

Sieder, Frank: Öffentliche Sachen und Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: Staatsbürger und Staatsgewalt. Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Karlsruhe 1963, Bd. II S. 91 ff., zit: Staatsbürger.

Sieder-Zeitler: Bayerisches Straßen- und Wegegesetz. Kommentar. München 1960.

- : Wasserhaushaltsgesetz. Kommentar, 1. Lief. 1964, 2. Lief. 1966, ergänzt München 1967.

Sievers, Rudolf: Nutzung und Eigentum an oberirdisch fließenden Gewässern. DVBl 1962/77 ff. .

- : Der Rechtsweg im Wasserrecht. DVBl. 62/193 ff. .
- : Die Problematik der Landesgesetzgebung zum Wasserrecht. DVBl. 1962/313 ff. .
- : Recht der Bundeswasserstraßen. DVBl. 60/457 ff. .

Soergel-Siebert: Kommentar zum BGB. 9. Aufl. 1961, 8. Aufl. 1955, Stuttgart.

Spanner, Hans: Empfiehlt es sich, den Allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Gutachten für den 43. Dtsch. Juristentag Bd. I, 2. Teil, Heft A, Tübingen 1960, zit: Gutachten.

- : Organisationsgewalt und Organisationsrecht in DÖV 57/640 ff. .

Staudinger: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., Bd. III Sachenrecht 1. Teil, Berlin 1956 und 2. Teil 1963 und Bd. VI Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl., Berlin-München 1939.

Stern, Klaus: Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages. AöR 84 (1959) 1. Teil S. 137 ff., 2. Teil S. 273 ff. .

- : Die öffentliche Sache. VVDStRL 21 (1964) S. 183 ff.

Stiefel-Wussow: Kraftverkehrsversicherung. Kommentar zu den Allgemeinen Bedingungen für die Kraftverkehrsversicherung - AKB - , 6. Aufl., München.

Strickstock, Wilhelm: Das öffentliche Sachenrecht. Der Betrieb 1958/1119 ff. .

Stritter, Gustav: Praktische Bedeutung der Theorie vom öffentlichen Eigentum im Vergleich zu der herrschenden Lehre von der Rechtsstellung der öffentlichen Sachen. Diss., Heidelberg 1934.

Thierfelder, Hans: Das Eigentum des Bundes an den Bundeswasserstraßen und seine Geltendmachung. DÖV 1960/58 ff. .

v. Thur, A.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I 1910, Nachdruck 1957, Berlin.

- Tober, Siegbert: Welche Gewässer sind Seewasserstraßen? DVBL. 1961/575 ff. .
- Triepel, Heinrich: Die Kompetenzen des Bundesstaates und die geschriebene Verfassung in: Laband Festschrift 1908, Bd. 2 S. 247 ff..
- : Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern.
- Ule, Carl-Hermann: Verwaltungsgerichtsordnung. 2. Aufl., 1962.
- : Hat sich der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg bewährt? DVBL. 1960/609 ff. .
- Ule, Friedrich: Besprechung von Giacometti's 'Allgemeine Verwaltungslehre'. VerwArch 52/425 ff. .
- Usteri, Martin: Theorie der Verwaltung in Formen des Privatrechts. Roma 1964.
- Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Berlin, zit: VVDStRL.
- Verwaltungsrechtsordnung für Baden-Württemberg. Entwurf mit Begründung, Berlin-Stuttgart 1931 und : Ergebnisse der 3. Lesung der Kommission, Stuttgart 1936.
- Weber, Werner: Die öffentliche Sache. VVDStRL 21/145 ff.
- : Erfordernisse der Rahmengesetzgebung. DÖV 54/417 f. (419).
- Wengler, Wilhelm: Anmerkung zu BVerfGE 17/381 vom 5.5.64 JZ 65/135 ff. .
- : Rechtsgleichheit und Vielheit der Rechte. In: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zur Hundertjährrung des deutschen Juristentages. Bd. I/239, Karlsruhe 1960, zit: Rechtsgleichheit.
- Werner, Fritz: Empfiehlt es sich, den Allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Gutachten zum 43. Deutschen Juristentag, Tübingen 1960, 2. Teil B/21, zit: Gutachten.
- Wieacker, Fritz: Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee. Festschrift für G. Boehmer, S. 34 ff., Bonn 1954, zit: Kodifikationsidee.
- : Das dingliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen. In: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift für den Deutschen Juristentag S.1-18, Karlsruhe 1960, zit: Festschrift

Westermann: Sachenrecht, 5. Aufl. 1966.

Wiedemann, Hans: Der räumliche Umfang der Bundeswasserstraßen. DVBl. 1965/17 ff. .

Wiese, G. : Die Verfassungswidrigkeit der nachkonstitutionellen Urlaubsgesetze der Länder. RdArb. 1957/31 ff. .

Wittig, Peter: Das öffentliche Eigentum. DVBl. 69/685 ff.

Wolff, Hans-Julius: Verwaltungsrecht I. 5. Aufl. 1963, 6. Aufl. 1965, München-Berlin, zit: Lehrbuch (5), bzw. (6).

Wüsthoff, Alexander: Handbuch des Deutschen Wasserrechts. Kommentar, 4 Bde., Berlin 1958.

Zeidler, Karl: Schranken nicht hoheitlicher Verwaltung. VVDStRL 19/208 ff. .

Zippelius, Reinhold: Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts und das Bayerische Straßen-und Wegegesetz. DÖV 1958/838 ff. .

Zitelmann, Ernst: Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht, Leipzig 1902.

L e b e n s l a u f

Am 11. August 1938 wurde ich als Sohn des Studienrats Hans H. Woydt und seiner Ehefrau Edith, geborene Brinckmann, in Hamburg geboren. Nach dem Abitur am Gymnasium für Jungen in Eppendorf im Jahre 1958 begann ich das Studium an der Universität Lausanne, um nach einem Jahr für vier Semester an die Universität München zu wechseln. Nach Abschluß des Studiums in Hamburg bestand ich dort das erste Staatsexamen im Frühjahr 1963. Die Referendarzeit leistete ich in Bayern ab und bestand am 31. Oktober 1967 in München die zweite Staatsprüfung. Knapp ein Jahr war ich als Gerichtsassessor am Verwaltungsgericht als Richter tätig und bin nunmehr am Landgericht in Hamburg.

Hamburg, den 25. November 1969

HAMBURGISCHES GESETZ- UND VERORDNUNGSBLATT

TEIL I

Nr. 22

DIENSTAG, DEN 11. APRIL

1961

Tag	Inhalt	Seite
4. 4. 1961	Hamburgisches Wegegesetz	117
4. 4. 1961	Gesetz über die Höhe des Grundbeitrages nach dem Hamburgischen Wegegesetz	131

Hamburgisches Wegegesetz

Vom 4. April 1961

Der Senat verkündet das nachstehende, von der Bürgerschaft beschlossene Gesetz:

INHALTSÜBERSICHT

Erster Teil: Einleitende Bestimmungen

- § 1 Geltungsbereich
- § 2 Öffentliche Wege
- § 3 Anlieger
- § 4 Wegeigentum
- § 5 Haftung

Zweiter Teil: Widmung

- § 6 Entstehung und Wirkung
- § 7 Entwidmung
- § 8 Veränderung

Dritter Teil: Wegeverzeichnis

- § 9 Eintragung und Einsicht
- § 10 Inhalt
- § 11 Wirkung

Vierter Teil: Wegebau

- § 12 Träger der Wegebauart
- § 13 Umfang der Wegebauart
- § 14 Wegebau für Aufschließungen
- § 15 Endgültige Herstellung und Anbau

Fünfter Teil: Wegenutzung

- § 16 Gemeingebrauch
- § 17 Anliegergebrauch
- § 18 Gehwegüberfahrten
- § 19 Sondernutzungen

Sechster Teil: Wegeordnung

- § 20 Benennung und Kennzeichnung
- § 21 Duldungspflichten der Anlieger
- § 22 Veränderungsverbot

- § 23 Schutz der öffentlichen Wege
- § 24 Einfriedigung
- § 25 Private Verkehrsflächen
- § 26 Anschluß von baulichen Anlagen
- § 27 Verhältnis zum Baupolizeirecht

Siebenter Teil: Wegereinigung

- § 28 Reinigung durch den Träger der Wegebaulast
- § 29 Allgemeine Anliegerreinigungspflicht
- § 30 Öffentlich-rechtliche Vertretung
- § 31 Bestellung von Beauftragten
- § 32 Bekanntgabe des Reinigungspflichtigen
- § 33 Geschlossene Ortslage
- § 34 Ausmaß der Reinigungspflicht
- § 35 Reinigung von Laub und Unrat
- § 36 Außergewöhnliche Verschmutzungen

Achter Teil: Entschädigung

- § 37 Entschädigungsansprüche
- § 38 Dauernde Beeinträchtigungen
- § 39 Vorübergehende Beeinträchtigungen
- § 40 Anspruchsgrenzen
- § 41 Entschädigung bei Sondernutzungen
- § 42 Entschädigung der Duldungspflichtigen
- § 43 Erfüllung des Entschädigungsanspruchs

Neunter Teil: Wegebaubeiträge

- § 44 Umfang der Beitragspflicht
- § 45 Beitragsfreie Grundstücke
- § 46 Berechnung des Grundbeitrages
- § 47 Maßgebende Frontlänge
- § 48 Wertstufeneinteilung
- § 49 Ermäßigungen
- § 50 Zuschläge
- § 51 Entstehung und Vorausleistung
- § 52 Fälligkeit und Verrentung
- § 53 Nacherhebung und Ablösung
- § 54 Verhältnis zum Bundesbaugesetz

Zehnter Teil: Verfahren

- § 55 Beseitigungspflicht
- § 56 Anordnungsbefugnis
- § 57 Kostenfestsetzung
- § 58 Verjährung des Zahlungsanspruchs

Elfter Teil: Überleitung

- § 59 Vorhandene öffentliche Wege
- § 60 Übernahmepflicht für Unternehmerstraßen
- § 61 Freiwillige Übernahme
- § 62 Wegebaulast bis zur Übernahme
- § 63 Bisherige Gehwegüberfahrten
- § 64 Bisherige Sondernutzungen
- § 65 Beitragsfreiheit in besonderen Fällen
- § 66 Anrechnung bisheriger Beiträge
- § 67 Angleichung der Wegebaubeiträge
- § 68 Bisherige Reinigungspflichten

Zwölfter Teil: Schlußbestimmungen

- § 69 Befreiung
- § 70 Ordnungswidrigkeiten
- § 71 Inkrafttreten und Aufhebung alter Vorschriften

ERSTER TEIL

Einleitende Bestimmungen

§ 1

Geltungsbereich

(1) Dies Gesetz gilt für die öffentlichen Wege im Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg. Für die Bundesfernstraßen gilt das Gesetz nur, soweit das Bundesfernstraßengesetz vom 8. August 1953 (Bundesgesetzblatt I Seite 903) in seiner jeweiligen Fassung keine Regelung trifft.

(2) Der Senat kann durch Rechtsverordnung bestimmen, daß dies Gesetz oder einzelne seiner Vorschriften auf bestimmte Wege, die zu einer öffentlichen Grün- oder Erholungsanlage gehören, neben dem Gesetz über Grün- und Erholungsanlagen vom 18. Oktober 1957 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 466) anzuwenden sind.

§ 2

Öffentliche Wege

(1) Öffentliche Wege im Sinne dieses Gesetzes sind alle Wege, Straßen und Plätze, die dem Gemeingebrauch gewidmet sind und nicht zu einer öffentlichen Grün- und Erholungsanlage gehören.

(2) Zu den öffentlichen Wegen gehören:

1. der Wegekörper;

das sind insbesondere der Wegegrund, der Wegeunterbau, die Wegedecke, die Brücken, Tunnel, Durchlässe, Dämme, Gräben, Entwässerungsanlagen, Böschungen, Rampen, Stützmauern, Trenn-, Seiten-, Rand- und Sicherheitsstreifen;

2. der Luftraum über dem Wegekörper;

3. das Wegezubehör;

das sind die Beleuchtung, die Verkehrszeichen und die sonstigen Anlagen, die der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs, dem Schutz der Verkehrsteilnehmer oder der Anlieger oder der Ordnung auf dem Wege dienen, und die Bepflanzung.

Bei öffentlichen Wegen auf Deichen gehören zum Wegekörper lediglich der Wegeunterbau und die Wegedecke.

§ 3

Anlieger

(1) Anlieger im Sinne dieses Gesetzes sind die Eigentümer der Grundstücke, die an die öffentlichen Wege angrenzen. Ist an einem derartigen Grundstück ein Erbbaurecht oder ein Nießbrauch bestellt, so ist der Erbbauberechtigte oder der Nießbraucher ebenfalls Anlieger.

(2) Ist ein Grundstück von dem öffentlichen Weg durch Wasserläufe, Gräben, Böschungen, Gleisanlagen oder ähnliche nicht zum Weg gehörende Geländestreifen getrennt, so bleibt die trennende Fläche außer Betracht, wenn eine Verbindung des Grundstücks mit dem Weg durch eine geeignete Anlage (Brücke, Überfahrt oder dergleichen) hergestellt oder zulässig ist.

gignete Anlage (Brücke, Überfahrt oder dergleichen) hergestellt oder zulässig ist.

(3) Für öffentliche Wege auf oder an Deichen sind die Absätze 1 und 2 mit der Maßgabe anzuwenden, daß der Eigentümer eines auf dem Deich errichteten Gebäudes für die mit seinem Anwesen genutzte Deichstrecke als Anlieger gilt.

§ 4

Wegeigentum

(1) Grundflächen, die als öffentliche Wege gewidmet sind und der Freien und Hansestadt Hamburg gehören, stehen einschließlich der in § 2 Absatz 2 genannten Gegenstände in öffentlichem Eigentum der Freien und Hansestadt Hamburg. Das öffentliche Eigentum begründet eine hoheitliche Sachherrschaft. Die in öffentlichem Eigentum stehenden Gegenstände sind dem Rechtsverkehr entzogen. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbesondere über den Besitz und das Eigentum, finden keine Anwendung.

(2) Das öffentliche Eigentum an einer Grundfläche oder an einem sonstigen Gegenstand besteht, solange diese zum öffentlichen Weg gehören. Öffentliches Eigentum entsteht frühestens mit dem Zeitpunkt, in dem die Freie und Hansestadt Hamburg nach bürgerlichem Recht unbelastetes Eigentum erwirbt. Endet die Zugehörigkeit zum öffentlichen Weg, so ist die Freie und Hansestadt Hamburg wieder Eigentümerin im Sinne des bürgerlichen Rechts.

(3) Werden Gegenstände im Sinne des § 2 Absatz 2 getrennt, so verwandelt sich das öffentliche Eigentum an ihnen in bürgerlich-rechtliches Eigentum der Freien und Hansestadt Hamburg oder desjenigen, dem die Freie und Hansestadt Hamburg die Aneignung gestattet hat.

(4) Bauliche Anlagen, die auf oder unter einer in öffentlichem Eigentum stehenden Grundfläche in Ausübung einer Befugnis nach dem Fünftel Teil dieses Gesetzes hergestellt worden sind, werden nicht Bestandteile dieser Grundfläche. Bestehen solche baulichen Anlagen bei der Entstehung des öffentlichen Eigentums, so verlieren sie gleichzeitig die etwaige Eigenschaft als Bestandteil des Weggrundes.

(5) Grundflächen, an denen öffentliches Eigentum entstanden ist, sind aus dem Grundbuch auszuschneiden und zum öffentlichen Grund zu tilgen.

§ 5

Haftung

Die Rechte und Pflichten, die der Freien und Hansestadt Hamburg und ihren Bediensteten in Zusammenhang mit der Durchführung dieses Gesetzes, insbesondere mit der Anlage, Unterhaltung und Benutzung der öffentlichen Wege zustehen oder obliegen, bestimmen sich ausschließlich nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts. Die Pflichten werden als Amtspflicht im Sinne des Artikels 34 des Grundgesetzes von den Bediensteten der Freien und Hansestadt Hamburg erfüllt.

ZWEITER TEIL

Widmung

§ 6

Entstehung und Wirkung

(1) Wege, Straßen und Plätze erhalten die Eigenschaft eines öffentlichen Weges durch Widmung der Wegeaufsichtsbehörde. Diese hat vorher die Zustimmung des Grundeigentümers herbeizuführen und die Straßenverkehrsbehörde zu hören.

hören. Die Widmung ist im Amtlichen Anzeiger bekanntzugeben.

(2) Durch privatrechtliche Verfügungen oder durch Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung über die dem öffentlichen Weg dienenden Grundstücke oder über Rechte an ihnen wird die Widmung nicht berührt.

§ 7

Entwurmung

(1) Die Eigenschaft eines öffentlichen Weges verliert der Weg durch Entwurmung. Diese wird von der Wegeaufsichtsbehörde nach Anhörung der Straßenverkehrsbehörde und des Trägers der Wegebauast ausgesprochen.

(2) Die Absicht der Entwurmung ist durch Bekanntmachung im Amtlichen Anzeiger anzukündigen. Einwendungen gegen die vorgesehene Entwurmung können innerhalb einer Ausschlussfrist von einem Monat seit dem Tage der Bekanntmachung bei der Wegeaufsichtsbehörde erhoben werden. Die Entwurmung ist im Amtlichen Anzeiger bekanntzumachen.

(3) Werden festgesetzte Straßenlinien durch eine beabsichtigte Entwurmung betroffen, so kann die Entwurmung erst nach der Durchführung des für die Aufhebung von Straßenlinien vorgesehenen Planverfahrens erfolgen.

(4) Eine besondere Entwurmung entfällt für solche öffent-

lichen Wege, die auf Grund eines festgestellten Durchführungsplanes nach § 12 Absatz 1 Nummer 4 des Aufbaugesetzes in der Fassung vom 12. April 1957 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 241) als aufgehoben und eingezogen gelten oder die in einem Bebauungsplan nach den §§ 8 bis 13 des Bundesbaugesetzes vom 23. Juni 1960 (Bundesgesetzblatt I Seite 341) nicht mehr ausgewiesen sind.

(5) Mit der Entwurmung entfallen Gemeingebrauch (§ 16), Anliegergebrauch (§ 17) und Sondernutzungen (§ 19).

§ 8

Veränderung

Für die Veränderung eines öffentlichen Weges, insbesondere für die Verbreiterung, Einengung, Höher- oder Tieferlegung, gelten die §§ 6 und 7 entsprechend. Einer Bekanntmachung im Amtlichen Anzeiger bedarf es nur, wenn dadurch die bisherige Benutzungsmöglichkeit des Weges eingeschränkt wird.

DRITTER TEIL

Wegeverzeichnis

§ 9

Eintragung und Einsicht

Die Wegeaufsichtsbehörde führt ein Verzeichnis über die öffentlichen Wege. Die Einsicht in das Wegeverzeichnis steht jedermann frei.

§ 10

Inhalt

(1) Das Wegeverzeichnis soll für jeden öffentlichen Weg enthalten:

1. Den Namen oder die Wegenummer,

2. die Wertstufe (§ 48),

3. die Katasterbezeichnungen unter Angabe der Flächengröße und des Eigentümers.

(2) Dem Wegeverzeichnis sollen Wegekarten beigegeben werden.

§ 11

Wirkung

Das Wegeverzeichnis und die Wegekarten begründen die Vermutung der Richtigkeit für die Angaben über Bestand und Umfang der Widmung.

VIERTER TEIL

Wegebau

§ 12

Träger der Wegebauast

(1) Träger der Wegebauast ist die Freie und Hansestadt Hamburg.

(2) Die Wegeaufsichtsbehörde kann die Wegebauast ganz oder teilweise durch öffentlich-rechtlichen Vertrag oder nach Maßgabe bestehender Rechtsvorschriften auf die Bundesrepublik Deutschland, ein anderes Bundesland, andere Körperschaften des öffentlichen Rechts oder den Unternehmer einer Eisenbahn des öffentlichen Verkehrs im Sinne des § 1 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes vom 29. März 1951 (Bundesgesetzblatt I Seite 225) oder einer Straßenbahn im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 1 des Personenbeförderungsgesetzes vom 21. März 1961 (Bundesgesetzblatt I Seite 241) übertragen.

§ 13

Umfang der Wegebauast

(1) Die Wegebauast umfasst alle mit dem Bau und der Unterhaltung der öffentlichen Wege zusammenhängenden Aufgaben. Bei öffentlichen Wegen auf Deichen umfasst die Wege-

bauast auch die Pflicht zur Beseitigung von Schäden am Deichkörper, die durch die Benutzung des Weges entstehen.

(2) Art, Umfang und Zeitpunkt der ersten Anlage sowie des Ausbaues eines öffentlichen Weges bestimmt die Wegeaufsichtsbehörde.

(3) Die öffentlichen Wege sind im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Trägers der Wegebauast in einem dem regelmäßigen Verkehrsbedürfnis genügenden Zustand zu unterhalten. Soweit der Träger der Wegebauast unter Berücksichtigung seiner Leistungsfähigkeit zu einer solchen Unterhaltung außerstande ist, ist der Weg durch Warnzeichen zu kennzeichnen.

(4) Erfordert die regelmäßige Benutzung eines öffentlichen Weges durch einen bestimmten Verkehrsteilnehmer besondere, für den allgemeinen Verkehr nicht erforderliche bauliche Maßnahmen, Anlagen oder Zeichen, so kann der Träger der Wegebauast verlangen, daß der Benutzer die Mehrkosten für die Herstellung und Unterhaltung erstattet. Das gilt insbesondere für Verkehrsarten im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummern 1 bis 3 des Personenbeförderungsgesetzes vom 21. März 1961 (Bundesgesetzblatt I Seite 241) oder für Fahrzeuge, die wegen ihrer Bauart, ihrer Abmessungen oder ihres Gewichtes nur ausnahmsweise zugelassen sind (§ 70 der Straßenverkehrszulassungsordnung in der Fassung

vom 6. Dezember 1960 (Bundesgesetzblatt I Seite 897). Die Wegeaufsichtsbehörde kann durch öffentlich-rechtliche Verträge Vereinbarungen über die Ablösung derartiger Kosten treffen.

§ 14

Wegebau für Aufschließungen

(1) Wird die Aufschließung eines Grundstücks beabsichtigt, so hat der Träger der Wegebaukosten unter Berücksichtigung seiner sonstigen Aufgaben auf Antrag des Eigentümers mit dem Ausbau zu beginnen, sobald dieser gesichert ist. Der Ausbau eines öffentlichen Weges ist gesichert, wenn

1. der Träger der Wegebaukosten über die dazu notwendigen Flächen und Ausbaukosten verfügen kann;
2. die zum Anschluß an das öffentliche Wegenetz erforderlichen Wege bereits endgültig hergestellt sind oder der Träger der Wegebaukosten über die dazu notwendigen Flächen und Ausbaukosten verfügen kann.

(2) Die Flächen sind verfügbar, wenn

1. die Freie und Hansestadt Hamburg Eigentümerin ist oder durch Vertrag einen unbedingten und unbefristeten Anspruch auf Erwerb des lastenfreien Eigentums erlangt hat;
2. sie frei von baulichen Anlagen und Nutzungsverhältnissen sind.

Dem Vertrag steht ein unbedingtes und unbefristetes Angebot des Eigentümers auf unentgeltliche, kosten- und lastenfreie Übereignung gleich.

(3) Die Ausbaukosten sind verfügbar, wenn sie als Hausmittel der Freien und Hansestadt Hamburg für diesen Wegebau bereitstehen oder wenn sie ihr vom Antragsteller zugesichert sind.

(4) Der Antragsteller kann die Voraussetzungen nach Absatz 1 bis 3 herbeiführen. Auf seinen Antrag werden von der Wegeaufsichtsbehörde

1. die notwendigen Flächen festgesetzt, soweit sie nicht schon in städtebaulichen Plänen festgestellt sind,
2. die von ihm zu zahlenden Ausbaukosten vorläufig festgesetzt.

Sobald die Wege endgültig hergestellt sind, werden die Ausbaukosten abschließend festgesetzt; Unterschiedsbeträge sind dann nachzuzahlen oder zu erstatten.

(5) Hat die Freie und Hansestadt Hamburg binnen eines Jahres, nachdem der Ausbau gesichert und beantragt worden ist, damit nicht begonnen, so kann der Antragsteller von der Wegeaufsichtsbehörde verlangen, daß ihm der Wegebau in eigener Verantwortung gestattet wird. Dies gilt nicht, wenn sein Grundstück wegen anderer Hindernisse ohnehin nicht aufgeschlossen werden kann. In dem Wegebaubescheid werden bestimmt:

1. Art und Maß des Wegebauausbaues mit Ausnahme der Verkehrseinrichtungen und -zeichen;
2. die Auskehrung der gezahlten Ausbaukosten nach dem Grad der Herstellung;
3. die Unterhaltung der Wege durch den Antragsteller mit Ausnahme der Beleuchtung und Reinigung;
4. Auflagen für den Ausbau und die Unterhaltung sowie die behördliche Überwachung;
5. die Übernahme der Wegebaukosten durch die Freie und Hansestadt Hamburg spätestens zehn Jahre nach der ersten Abnahme.

Der Wegebaubescheid wird ungültig, wenn der Antragsteller nicht binnen eines Jahres nach der Erteilung mit dem Ausbau begonnen oder diesen länger als ein Jahr unterbrochen hat. Die Gültigkeit kann nur schriftlich verlängert werden.

(6) Angrenzende Grundstücke dürfen erst geteilt werden, nachdem die Voraussetzungen für den Wegebau nach Absatz 1 bis 3 gegeben sind.

§ 15

Endgültige Herstellung und Anbau

(1) Ein öffentlicher Weg ist endgültig hergestellt, wenn er geeignet ist, den Verkehrsbedürfnissen aller durch ihn zu erschließenden Grundstücke unter Berücksichtigung der vorhandenen oder nach städtebaulichen Plänen zu erwartenden Bebauung zu genügen. Grundstücke dürfen nur bebaut oder gewerblich genutzt werden, wenn sie unmittelbar an einen nicht anbaufrei zu haltenden öffentlichen Weg grenzen und dieser Weg endgültig hergestellt oder der Wegebau nach § 14 gesichert ist.

(2) Für die Bebauung von Grundstücken mit Wohngebäuden reicht ein öffentlicher Weg aus, wenn er auch dem Verkehr mit Kraftfahrzeugen gewidmet und mindestens folgendermaßen hergestellt ist:

1. 5 m breite Fahrbahn mit fester Decke aus Asphalt oder anderem gleichwertigen Material;
2. abgegrenzte Gehwege mit gewalztem Kiesbelag; angemessene Beleuchtungs- und Entwässerungsanlagen.

Ein nur dem Fußgängerverkehr gewidmeter öffentlicher Weg (Wohnweg) reicht aus, wenn er höchstens 50 m lang ist, auf einen den vorstehenden Anforderungen entsprechenden Weg führt, mindestens 4 m breit ist, einen festen Belag aus Zementplatten oder anderem gleichwertigen Material im 1,50 m Breite und angemessene Beleuchtungs- und Entwässerungsanlagen hat.

(3) Für die gewerbliche Nutzung von Grundstücken reicht ein öffentlicher Weg aus, wenn die Fahrbahn in mindestens 7 m Breite hergestellt ist und die anderen Voraussetzungen nach Absatz 2 Satz 1 gegeben sind. Ist nach der Art der gewerblichen Nutzung kein stärkerer Verkehr mit Kraftfahrzeugen als bei Errichtung eines Wohngebäudes zu erwarten, so genügt eine Fahrbahnbreite von 6 m. Bei gewerblicher Nutzung, die einen erheblichen Verkehr mit Fahrzeugen über 5 t Gesamtgewicht verursacht, oder bei industrieller Nutzung ist eine Fahrbahnbreite von mindestens 9 m erforderlich.

(4) Sind in städtebaulichen Plänen andere Abmessungen für einen öffentlichen Weg festgesetzt, so treten sie an die Stelle der in den Absätzen 2 und 3 genannten Anforderungen.

(5) Die Wegeaufsichtsbehörde kann Ausnahmen von den Anforderungen der Absätze 2 und 3 zulassen, wenn

1. Grundstücke nur in einem Ausmaß bebaut werden sollen, für das ihre Belegenheit an einem öffentlichen Weg nicht erforderlich ist, oder
2. nur angemessene Beleuchtungsanlagen fehlen, aber vorläufige Beleuchtungsanlagen vorhanden sind, oder
3. nur abgegrenzte Gehwege und Entwässerungsanlagen fehlen oder
4. die Breite der befestigten Fahrbahn mindestens 3 m beträgt oder
5. bei Wohnwegen die Länge nicht mehr als 75 m beträgt und auf den angrenzenden Grundstücken nur Gebäude mit höchstens zwei Vollgeschossen errichtet sind oder werden.

Für einzelne öffentliche Wege oder Wegeteile können Ausnahmen allgemein durch Bekanntmachung im Amtlichen Anzeiger zugelassen werden.

FONFTER TEIL

Wegenutzung

§ 16

Gemeingebruch

(1) Die öffentlichen Wege dienen dem Gemeingebruch. Jedermann kann sie ohne besondere Erlaubnis im Rahmen der Widmung und der Vorschriften über den Straßenverkehr zum Verkehr benutzen, soweit andere dadurch nicht in ihrem Gemeingebruch unzumutbar beeinträchtigt werden und Sondernutzungen nicht entgegenstehen. Im Rahmen des Gemeingebruchs hat der fließende Verkehr den Vorrang vor dem ruhenden Verkehr.

(2) Zum Gemeingebruch gehört nicht die Benutzung eines Weges zu anderen Zwecken, insbesondere zur Gewerbeausübung oder regelmäßig als Einstellplatz für ein Kraftfahrzeug in der Nähe der Wohnung oder der Arbeitsstätte des Fahrzeughalters oder -benutzers. Das Nähere bestimmt der Senat durch Rechtsverordnung.

(3) Die Wegeaufsichtsbehörde kann den Gemeingebruch an Wegen oder Wegeteilen zeitweilig beschränken oder aufheben; sie hat die betreffenden Wege entsprechend zu kennzeichnen.

§ 17

Anliegergebrauch

Der Anlieger darf die an sein Grundstück angrenzenden Wegeteile über den Gemeingebruch hinaus auch für Zwecke seines Grundstücks benutzen, soweit nicht die Benutzung den Gemeingebruch dauernd ausschließt oder erheblich beeinträchtigt oder in den Wegkörper eingreift. Er hat Beeinträchtigungen des Anliegergebrauchs zu dulden, die sich aus einer zeitweiligen Beschränkung oder Aufhebung des Gemeingebruchs oder aus einer Sondernutzung ergeben.

§ 18

Gehwegüberfahrten

(1) Der Anlieger darf Wegeflächen, die nicht zum Befahren bestimmt sind, mit Fahrzeugen nur mit Erlaubnis der Wegeaufsichtsbehörde und nur auf einer besonderen Überfahrt benutzen. Die Erlaubnis darf nur versagt werden, wenn das Überfahren den Gemeingebruch erheblich beeinträchtigen würde; sie kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden. In der Erlaubnis wird die Lage der Überfahrt und die Art ihrer Ausführung nach den Anforderungen des Verkehrs bestimmt.

(2) Die Erlaubnis kann widerrufen oder geändert werden, wenn die Verkehrsverhältnisse oder der Zustand der öffentlichen Wege dies erfordern. Eine Änderung ist auch zulässig, wenn die Art der Benutzung durch den Anlieger dies notwendig macht.

(3) Die Überfahrt wird vom Träger der Wegebaulast hergestellt und unterhalten. Die Kosten der Herstellung und die Kosten der Änderungen, die infolge der Benutzung durch den

Anlieger notwendig werden, trägt der Anlieger; im übrigen werden die Kosten vom Träger der Wegebaulast getragen. Wird die Überfahrt beseitigt oder geändert, so wird der Wert etwa anfallender Baustoffe dem Anlieger erstattet, sofern die Überfahrt weniger als zwei Jahre bestanden hat.

§ 19

Sondernutzungen

(1) Jede Benutzung der öffentlichen Wege, die ihren Gebrauch durch andere dauernd ausschließt oder in den Wegkörper eingreift oder über die Teilnahme am allgemeinen öffentlichen Verkehr (Gemeingebruch) oder den Anliegergebrauch hinausgeht, ist Sondernutzung. Sie bedarf der Erlaubnis der Wegeaufsichtsbehörde. Ein Anspruch auf die Erlaubnis oder auf eine erneute Erteilung der Erlaubnis besteht nicht.

(2) Die Erlaubnis darf nur befristet erteilt werden; in besonderen Fällen ist der Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs zulässig. Die Erlaubnis kann mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden.

(3) Für Sondernutzungen können Benutzungsgebühren nach den Bestimmungen des Gebührengesetzes vom 5. Juli 1954 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 51) und der dazu erlassenen Gebührenordnungen erhoben werden. Der Sondernutzer hat der Freien und Hansestadt Hamburg außerdem alle Kosten zu erstatten, die ihr in Zusammenhang mit der Sondernutzung entstehen. Zu diesen Kosten gehören auch Entschädigungs- und Schadensersatzleistungen, welche die Freie und Hansestadt Hamburg in Zusammenhang mit der Sondernutzung auf Grund einer Rechtspflicht erbringen muß.

(4) Werden die mit einer Erlaubnis verbundenen Auflagen nicht erfüllt oder nicht beachtet, so kann die Erlaubnis widerrufen werden. Das gleiche gilt, wenn die für Sondernutzungen zu entrichtenden Gebühren trotz Fälligkeit und Mahnung nicht oder nicht vollständig entrichtet werden.

(5) Eine Erlaubnis kann, auch wenn von einem etwaigen Widerrufsvorbehalt nicht Gebrauch gemacht werden kann aus Gründen des öffentlichen Interesses vorzeitig zurückgenommen werden.

(6) Der Senat oder mit seiner Zustimmung die Wegeaufsichtsbehörde können Sondernutzungen auch durch öffentlich-rechtliche Verträge einräumen.

(7) Der Senat kann durch Rechtsverordnung bestimmen, daß Sondernutzungen allgemein oder in bestimmten Teilen der Freien und Hansestadt Hamburg ohne Erlaubnis nach diesem Gesetz oder gebührenfrei ausübt werden dürfen. Das Recht der Wegeaufsichtsbehörde, diese Sondernutzungen im Einzelfall nachträglich zu untersagen, wenn sie mit dem Gemeingebruch nicht vereinbar sind, bleibt unberührt.

SECHSTER TEIL

Wegeordnung

§ 20

Benennung und Kennzeichnung

(1) Die öffentlichen Wege werden vom Senat benannt und von der Wegeaufsichtsbehörde entsprechend gekennzeichnet, sobald dies im öffentlichem Interesse, insbesondere im Interesse der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, erforderlich ist.

(2) Unter denselben Voraussetzungen werden die Gebäude oder sonstigen Anlagen an den öffentlichen Wegen von der Wegeaufsichtsbehörde durch Hausnummern gekennzeichnet. Die Wegeaufsichtsbehörde kann eine Kennzeichnung durch andere zulassen.

(3) Für Änderungen gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend.

§ 21

Duldungspflichten der Anlieger

(1) Eigentümer und Besitzer von Grundstücken haben Einwirkungen auf ihre Grundstücke zu dulden, die von öffentlichen Wegen ausgehen und sich ergeben aus

1. der Ausübung des Gemeingebruchs oder des Anliegergebrauchs;
2. Arbeiten auf, über oder unter den Wegen;

3. der Ausübung von Sondernutzungen für den öffentlichen Nahverkehr, zum Betrieb von Fernmeldeanlagen, für die Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser und soweit der Träger der Wegebaulast nach anderen Vorschriften zur Duldung der Sondernutzung verpflichtet ist.

(2) Im übrigen werden bürgerlich-rechtliche Ansprüche gegen die Urheber der Einwirkungen nicht ausgeschlossen.

(3) Die Anlieger haben auf ihren Grundstücken das Anbringen von Wegenamen, Hausnummern, Markzeichen, Feuer- und Polizeieidern, Halte- und Schaltvorrichtungen für die Beleuchtung der öffentlichen Wege sowie von Hinweisschildern des öffentlichen Versorgungsnetzes zu dulden. Vor dem Anbringen sind die Anlieger zu benachrichtigen.

§ 22

Veränderungsverbot

(1) Öffentliche Wege dürfen nur mit Erlaubnis der Wegeaufsichtsbehörde verändert, insbesondere aufgegeben werden. Die Erlaubnis kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden.

(2) Die öffentlichen Wege werden vom Träger der Wegebaulast endgültig wiederhergestellt. Bis zur endgültigen Wiederherstellung ist der Wegekörper vorläufig herzurichten. Diese Verpflichtung obliegt nebeneinander denen, die die Veränderung vorgenommen oder sie veranlaßt haben; sie tragen auch die Kosten der endgültigen Wiederherstellung. Die Verpflichteten haften als Gesamtschuldner.

§ 23

Schutz der öffentlichen Wege

(1) Die öffentlichen Wege dürfen weder verunreinigt noch beschädigt werden.

(2) Es ist unzulässig, auf den an öffentlichen Wegen angrenzenden Grundstücken

1. ohne ausreichende Sicherung des Weges Aufschüttungen, Aufgrabungen oder sonstige Bodenveränderungen vorzunehmen;
2. ohne Schutzvorrichtungen Einfriedigungen mit Stacheldraht anzubringen;
3. sonstige Handlungen vorzunehmen, die zu einer Beschädigung des Wegekörpers, zu einer Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs oder zu einer Gefährdung der Wegebenutzer führen können.

(3) Unzulässig ist ferner:

1. auf öffentlichen Wegen Handzettel zu gewerblichen Zwecken zu verteilen, Fahrzeuge zum Verkauf feilzubieten und gewerbsmäßig instandzusetzen oder Hausmüllgefäße aufzustellen, soweit es nicht zur Müllabfuhr erforderlich ist;
2. Schnee, Laub, Schutt, Müll oder andere Gegenstände von den Grundstücken auf einen öffentlichen Weg zu bringen oder Regen- und Schmutzwasser dorthin abzuleiten;
3. Dung- oder Abfallgruben in einem geringeren Abstand als 5 m von der Grenze eines öffentlichen Weges anzulegen;
4. Türen, Fenster, Fensterläden, Fahnenstangen, Markisen, Antennen und dergleichen so anzulegen, daß sie in den Luftraum über Geh- und Radwegen in einer Höhe von weniger als 2,50 m oder über Fahrbahnen in einer Höhe von weniger als 5,50 m aufschlagen oder hineinragen.

(4) Die Wegeaufsichtsbehörde kann verlangen, daß zur Vermeidung von Tropfenfall von Dächern, Balkonen, Brücken

und anderen Bauteilen, die in einen öffentlichen Weg hineinragen, Schutzvorrichtungen angebracht, instandgesetzt oder verändert werden.

(5) Die Anlieger sind verpflichtet, Bäume auf ihrem Grundstück so zu halten, daß keine Zweige in den Luftraum über einem öffentlichen Weg in einer Höhe von weniger als 2,50 m über Geh- und Radwegen und von weniger als 4,50 m über Fahrbahnen hineinragen. Die Wegeaufsichtsbehörde kann verlangen, daß über Fahrbahnen einzelner öffentlicher Wege eine Mindesthöhe bis zu 6 m eingehalten wird, wenn das aus Gründen des Verkehrs erforderlich ist.

(6) Die in § 21 Absatz 3 genannten Zeichen und Einrichtungen dürfen nicht entfernt, verunreinigt oder beschädigt werden. Auch ist alles zu unterlassen, was die freie Sicht auf diese Zeichen und Einrichtungen oder ihr Auffinden erschwert.

(7) Die Wegeaufsichtsbehörde kann in besonderen Fällen von den Vorschriften der Absätze 2, 3 und 5 Ausnahmen zulassen. Soweit die Ausnahme zu einer Sondernutzung führt, wird sie durch eine Erlaubnis nach § 19 ersetzt.

§ 24

Einfriedigung

Die Wegeaufsichtsbehörde kann von den Anliegern verlangen, daß sie ihr Grundstück einfriedigen, wenn und soweit es zur Vermeidung von Störungen oder Gefahren für den Gemeingebrauch, die von dem Grundstück ausgehen könnten, erforderlich ist.

§ 25

Private Verkehrsflächen

(1) Sind mit behördlicher Genehmigung an einen öffentlichen Weg angrenzende Flächen tatsächlich dem allgemeinen Verkehr zugänglich gemacht worden, so kann die Wegeaufsichtsbehörde von dem Anlieger jederzeit verlangen, diese Grundstücksteile so herzurichten, daß Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs nicht entstehen können. Die Wegeaufsichtsbehörde kann weiter fordern, daß diese Flächen den Bedürfnissen des Verkehrs und Veränderungen an den öffentlichen Wegen angepaßt werden.

(2) Das Aufstellen von Gegenständen auf diesen Flächen bedarf der Erlaubnis der Wegeaufsichtsbehörde. § 19 Absatz 2, Absatz 4 Satz 1 und Absatz 7 finden entsprechende Anwendung.

§ 26

Anschluß von baulichen Anlagen

(1) Für eine bauliche Anlage, die in Beziehung zur Höhenlage eines öffentlichen Weges steht, ist die von der Wegeaufsichtsbehörde für den Weg vorgesehene endgültige Höhenlage maßgebend. Wird eine bauliche Anlage errichtet, bevor der Weg in seiner endgültigen Höhenlage hergestellt ist, so ist sie vorläufig an die bestehende Höhe des Weges anzupassen.

(2) Ist für den öffentlichen Weg eine endgültige Höhenlage nicht bestimmt, so ist für bauliche Anlagen die vorhandene Höhenlage des Weges maßgebend.

(3) Wird die Höhenlage eines Weges verändert, so werden die bestehenden baulichen Anlagen von dem Träger der Wegebaulast auf seine Kosten angemessen angepaßt.

§ 27

Verhältnis zum Baupolizeirecht

Die baupolizeilichen Bestimmungen werden von den Vorschriften dieses Teiles nicht berührt.

SIEBENTER TEIL

Wegereinigung

§ 28

Reinigung durch den Träger der Wegebauart

(1) Die öffentlichen Wege werden vom Träger der Wegebauart gereinigt, soweit es für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs erforderlich ist und soweit die Leistungsfähigkeit des Trägers der Wegebauart nicht überschritten wird.

(2) Bei Schnee und Eisglätte sollen die Fahrbahnen und andere nicht für den Fußgängerverkehr bestimmte Wegeflächen, soweit es sich um besonders gefährliche Stellen handelt, vom Träger der Wegebauart nach besten Kräften geräumt und gestreut werden.

(3) Die Reinigung durch den Träger der Wegebauart entfällt, soweit sie nach den folgenden Bestimmungen anderen Personen obliegt.

§ 29

Allgemeine Anliegerreinigungspflicht

Zur Reinigung der öffentlichen Wege nach den Bestimmungen der §§ 33 bis 36 sind die Anlieger verpflichtet. Bei juristischen Personen trifft die Verpflichtung die gesetzlichen Vertreter, bei den Wohnungseigentumsgemeinschaften die nach den §§ 20 und 26 des Wohnungseigentumsgesetzes vom 15. März 1951 (Bundesgesetzblatt I Seite 175) bestellten Verwalter.

§ 30

Öffentlich-rechtliche Vertretung

(1) Für den Reinigungspflichtigen kann ein Vertreter die Reinigungspflicht übernehmen. Öffentlich-rechtlich ist die Übernahme nur wirksam, wenn sie der Wegeaufsichtsbehörde schriftlich unter Beifügung einer Übernahmeerklärung angezeigt und wenn gleichzeitig erklärt worden ist, daß eine ausreichende Haftpflichtversicherung für den Vertreter abgeschlossen worden ist.

(2) Erweist sich der Vertreter als ungeeignet, so kann die Wegeaufsichtsbehörde den Reinigungspflichtigen auffordern, die Reinigungspflicht wieder zu übernehmen.

(3) Die Verpflichtung nach § 29 ruht vom Eingang der Übernahmeerklärung nach Absatz 1 bei der Wegeaufsichtsbehörde, solange eine ausreichende Haftpflichtversicherung für den Vertreter besteht, bis zum Zugang der Aufforderung nach Absatz 2 bei dem Reinigungspflichtigen.

(4) Ist das mit dem Vertreter bestehende Rechtsverhältnis beendet, so haben die in § 29 genannten Personen dies der Wegeaufsichtsbehörde unverzüglich anzuzeigen. Mit dem Zugang der Anzeige entfällt die Verpflichtung des Vertreters.

§ 31

Bestellung von Beauftragten

Die nach den §§ 29 und 30 Reinigungspflichtigen müssen eine geeignete Person mit der Ausführung der Reinigung beauftragen, wenn sie

1. eine Personennmehrheit ohne eigene Rechtspersönlichkeit sind,
2. nicht auf dem Grundstück oder in seiner Nähe wohnen oder
3. wegen ihres Alters, wegen Krankheit oder aus sonstigen Gründen nicht in der Lage sind, die Pflicht zur Reinigung zu erfüllen.

§ 32

Bekanntgabe des Reinigungspflichtigen

Befinden sich auf einem Grundstück mehrere Haushaltungen, so hat der Anlieger den Namen und die Anschrift des Reinigungspflichtigen (§ 29) oder seines Vertreters (§ 30), gegebenenfalls auch des Beauftragten (§ 31) durch Anschlag im Hausflur oder an sonst geeigneter Stelle des Gebäudes bekanntzugeben.

§ 33

Geschlossene Ortslage

(1) Die Reinigungspflicht erstreckt sich auf alle öffentlichen Wege in geschlossener Ortslage.

(2) Eine geschlossene Ortslage ist vorhanden, wenn die Grundstücke überwiegend in räumlichem Zusammenhang bebaut sind. Einzelne unbebaute Grundstücke wie Bauplätze, Lagerplätze, Gärten, Grünanlagen und dergleichen unterbrechen den Zusammenhang nicht.

(3) Von der Reinigungspflicht sind ausgenommen Wegestrecken, an die Wasserläufe, Bahnkörper, Grünanlagen sowie landwirtschaftlich, forstwirtschaftlich oder kleingärtnerisch genutzte, nicht Wohnzwecken dienende Flächen grenzen. Befindet sich eine derartige Fläche nur an einer Seite des Weges, so entfällt die Reinigungspflicht nur auf dieser.

§ 34

Ausmaß der Reinigungspflicht

(1) Gehwege sowie Deichwege mit Fahrverkehr sind in der für den Fußgängerverkehr erforderlichen Breite von Schnee und Eis zu reinigen. Ist kein von der Fahrbahn abgesetzter Gehweg vorhanden, so ist ein mindestens 1 m breiter Streifen des Weges vor dem angrenzenden Grundstück als Gehweg zu reinigen. Jeder Reinigungspflichtige hat den auf seiner Grundstücksseite gelegenen Gehweg oder, wo der Weg nur aus einem Gehweg besteht, die auf seiner Grundstücksseite gelegene Hälfte des Gehweges zu reinigen. Treppen sind in voller Breite zu reinigen.

(2) Bei Glätte ist mit abstumpfenden Mitteln, wenn notwendig, wiederholt, zu streuen.

(3) Schnee ist unverzüglich nach Beendigung des Schneefalls, Eis und Glätte sind sofort zu beseitigen. Dauert der Schneefall über 20 Uhr hinaus an oder tritt nach dieser Zeit Schneefall, Eis- oder Glättebildung ein, so ist die Reinigung bis spätestens 8.30 Uhr des folgenden Tages, an Sonn- und Feiertagen bis 9.30 Uhr, vorzunehmen.

(4) Der Schnee ist auf dem Außenrand der Gehwege derart anzuheften, daß der Verkehr nicht behindert wird. Wegübergänge, Radfahrwege und Haltestellen sind in der erforderlichen Weise freizuhalten. Das gilt auch für Unterflurhydranten, deren Lage durch rotumrandete Hinweisschilder an den Hauswänden oder Einfriedigungen bezeichnet ist. Vor Hauszügen und Einfahrten darf der Schnee nicht angehäuft werden.

(5) Rinnsteine sind spätestens bei Eintritt von Tauwetter so freizumachen, daß Schmelzwasser ablaufen kann.

§ 35

Reinigung von Laub und Unrat

(1) Von Laub und Unrat sind die öffentlichen Wege zu reinigen, die vom Senat im Amtlichen Anzeiger bekannt-

gemacht werden. Eine solche Verpflichtung darf nur für den Bezirk Bergedorf sowie für die Ortsteile Wellingsbüttel, Sasel, Poppenbüttel, Hummelsbüttel, Lemsahl-Mellingstedt, Duvenstedt, Wohldorf-Ohlstedt, Bergstedt, Volksdorf, Kahlstedt, Neuland, Gut Moor, Rönneburg, Langenbek, Sinstorf, Marmstorf, Georgswerder, Moorwerder, Altenwerder, Moorburg, Hausbruch, Neugraben-Fischbek, Francop, Neuenfelde und Cranz begründet werden.

(2) In der Bekanntmachung kann der Umfang der Reinigungspflicht bestimmt werden. Soweit keine besonderen Bestimmungen erlassen werden, sind die Wege bis zur Mitte zu reinigen. Befahrbare Deiche sind in der gesamten Breite zu reinigen, höchstens jedoch bis zu einer Breite von 4 m. Der Kehrtritt ist wegzuschaffen. Rinnsteine sind so freizumachen, daß Wasser ablaufen kann.

(3) Die Reinigung der Wege von Laub und Unrat ist mindestens einmal wöchentlich vorzunehmen. Die Reinigungstage werden von der Wegeaufsichtsbehörde im Amtlichen Anzeiger bekanntgemacht.

§ 36

Außergewöhnliche Verschmutzungen

Tritt infolge der Benutzung eines Grundstücks, insbesondere bei Veranstaltungen, eine außergewöhnliche Verschmutzung öffentlicher Wege ein, so ist sie von dem für dieses Grundstück Reinigungspflichtigen unverzüglich zu beseitigen? § 34 Absatz 3 Satz 2 findet entsprechende Anwendung. Wird der Reinigungspflicht nicht genügt, so kann die Wegeaufsichtsbehörde die Verschmutzung ohne vorherige Androhung auf Kosten des Verpflichteten selbst beseitigen oder beseitigen lassen.

ACHTER TEIL

Entschädigung

§ 37

Entschädigungsanspruch

Für Folgen, die sich aus den Vorschriften dieses Gesetzes, aus den auf dieses Gesetz gestützten rechtmäßigen Maßnahmen oder aus der Ausübung von Befugnissen nach diesem Gesetz ergeben, wird Entschädigung gewährt, soweit es in den §§ 38 bis 43 bestimmt ist.

§ 38

Dauernde Beeinträchtigungen

(1) Der Anlieger eines öffentlichen Weges hat Anspruch auf Entschädigung nach den Bestimmungen des Absatzes 2, wenn durch die Wegeaufsichtsbehörde

1. der Weg entwidmet oder verändert wird, insbesondere in seiner Höhenlage,
2. die Benutzung des Weges dauernd eingeschränkt wird oder
3. der Anliegergebrauch oder die Überfahrbefugnis in sonstiger Weise entzogen oder dauernd eingeschränkt wird,

und dadurch eine wirtschaftlich angemessene Nutzung oder Benutzung des Grundstücks oder der baulichen Anlagen unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird. Dem Anlieger steht gleich, wer in Ausübung eines Rechts auf dem Grundstück bauliche Anlagen errichtet hat.

(2) Eine Entschädigung wird nur gewährt

1. für Wertminderungen des Grundstücks und der baulichen Anlagen, höchstens jedoch bis zu dem Betrag, der erforderlich ist, um eine wirtschaftlich angemessene Nutzung des Grundstücks oder der baulichen Anlagen zu ermöglichen;
2. für Wertminderungen eines der Anliegereigenschaft begründenden Erbbaurechts oder Nießbrauchs, höchstens jedoch bis zu dem Betrag, der erforderlich ist, um ein entsprechendes Nutzungsverhältnis an einem anderen Grundstück zu begründen.

§ 39

Vorübergehende Beeinträchtigungen

(1) Wird die Benutzung eines öffentlichen Weges während der Ausführung von Bauarbeiten hierdurch beeinträchtigt, so hat Anspruch auf Entschädigung nach Maßgabe der Absätze 2 und 3 derjenige, der bei Beginn der Bauarbeiten ein an dem Weg liegendes Grundstück mit einem eingerichteten Gewerbebetrieb rechtmäßig genutzt hat, wenn die Beeinträchtigung der Wegenutzung vom Grundstück

1. seine wirtschaftliche Existenz gefährdet oder
2. länger als 3 Jahre dauert.

(2) Im Falle des Absatzes 1 Nummer 1 (Existenzgefährdung) kann Entschädigung in der Höhe beansprucht werden, die erforderlich ist, um bei Anspannung der eigenen Kräfte und Anpassungsmöglichkeiten des Unternehmers seine wirtschaftliche Existenz vor der Vernichtung zu bewahren. Der Anspruch ist ausgeschlossen, soweit der gleiche Erfolg durch wirtschaftlich sinnvolle Kredithilfen, die dem Betroffenen von dem Entschädigungsverpflichteten angeboten werden, erzielt werden kann.

(3) Im Falle des Absatzes 1 Nummer 2 (langfristige Sperrung) kann die anteilige Deckung der notwendigen Betriebskosten beansprucht werden. Die anteilige Kostendeckung bemisst sich nach dem Umfang, in dem der Umsatz gegenüber dem durchschnittlichen Umsatz der letzten drei Jahre vor dem Beginn der Bauarbeiten zurückgegangen ist. Außerdem kann die Erstattung notwendiger Mehraufwendungen beansprucht werden, die ohne die Beschränkung der Wegenutzung nicht eingetreten wären. Der betroffene Unternehmer hat den Nachweis zu führen, daß der Umsatzrückgang und die Mehraufwendungen durch die Beschränkung der Wegenutzung verursacht worden sind. Die Entschädigung wird monatlich, beginnend mit dem Ablauf der Frist nach Absatz 1 Nummer 2, gezahlt; sie wird bis zum Ablauf des dritten vollen Monats geleistet, nachdem die Beschränkung der Wegenutzung weggefallen ist.

§ 40

Anspruchsgrenzen

(1) Der Entschädigungsanspruch nach den §§ 38 und 39 entfällt insoweit, als der Nachteil durch bauliche Maßnahmen hätte vermieden oder ausgeglichen werden können, deren Vornahme der Entschädigungspflichtige angeboten und der Entschädigungsberechtigte abgelehnt oder verhindert hat.

(2) Der Entschädigungsanspruch nach § 39 gilt als nicht geltend gemacht, solange der Entschädigungsberechtigte die erforderliche Prüfung seines Betriebes und seiner Bücher verhindert.

(3) Die §§ 38 und 39 gelten nicht gegenüber Bahnunternehmen sowie Eigentümern und Benutzern von Bahnanlagen und oberirdischen Gewässern bei Arbeiten an Kreuzungsbauwerken.

§ 41

Entschädigung bei Sondernutzungen

(1) Entfällt eine Sondernutzung durch Entwidmung (§ 7 Absatz 5) oder wird eine Erlaubnis zur Sondernutzung zurückgenommen (§ 19 Absatz 5), so hat der Inhaber der Erlaubnis Anspruch auf angemessene Entschädigung. Das gilt nicht, sofern die Sondernutzung auf § 19 Absatz 7 oder auf Rechtsvorschriften des Bundes beruht, nach denen der Träger der

Wegebaulast zur Einräumung der Sondernutzung verpflichtet ist; Verträge nach § 19 Absatz 6 bleiben unberührt.

(2) Bei der Bemessung der Entschädigung sind das Verhältnis der gesamten zur restlichen Laufzeit der Erlaubnis und die Höhe der für die Sondernutzung gemachten Aufwendungen zu berücksichtigen. Die Entschädigung darf den Betrag nicht übersteigen, der erforderlich ist, um an anderer Stelle einen entsprechenden Nutzen zu erzielen.

§ 42

Entschädigung der Duldungspflichtigen

(1) Wer Einwirkungen auf sein Grundstück zu dulden hat, kann im Falle des

1. § 21 Absatz 1 Nummer 2 bei Schäden an Sachen;
2. § 21 Absatz 1 Nummer 3 bei erheblichen Beeinträchtigungen des Zutritts von Licht und Luft oder des Zugangs zu seinem Grundstück

eine angemessene Entschädigung verlangen, sofern der Träger der Wegebaulast die Einwirkungen nicht unverzüglich beseitigt.

(2) Verursacht das Anbringen von Einrichtungen nach § 21 Absatz 3 Schäden auf dem Grundstück oder an den darauf errichteten Bauanlagen, so hat der Eigentümer Anspruch

auf Beseitigung der Schäden. Er kann statt dessen verlangen, daß ihm die Kosten der notwendigen Maßnahmen erstattet werden.

§ 43

Erfüllung des Entschädigungsanspruchs

(1) Der Anspruch auf Entschädigung richtet sich in den Fällen der §§ 38, 41 und 42 gegen den Träger der Wegebaulast. Soweit der Anspruch in den Fällen der §§ 39 und 42 auf Bauarbeiten zurückzuführen ist, richtet er sich gegen denjenigen, der die Bauarbeiten veranlaßt hat; soweit er auf die Ausübung einer Sondernutzung zurückzuführen ist, gegen den Sondernutzer.

(2) Die Entschädigung ist in Geld zu leisten.

(3) Der Anspruch auf Entschädigung kann nur bis zum Ablauf von drei Kalenderjahren seit Beendigung der Maßnahme, welche die Entschädigungspflicht auslöst, geltend gemacht werden.

(4) Die Entschädigung wird von der Wegeaufsichtsbehörde durch Beschied festgesetzt. Gegen den Beschied ist die Klage vor den ordentlichen Gerichten zulässig. Auf das Vorverfahren und die Klagfrist finden die Vorschriften für das Verwaltungsstreitverfahren entsprechende Anwendung.

NEUNTER TEIL

Wegebaubeiträge

§ 44

Umfang der Beitragspflicht

(1) Zur teilweisen Deckung der Kosten für den Ausbau des öffentlichen Wegenetzes wird ein Wegebaubeitrag erhoben. Mit dem Wegebaubeitrag werden die Kosten für die Sielanlagen nicht abgegolten.

(2) Die Beitragspflicht besteht für Grundstücke, die an öffentliche Wege grenzen und die

1. zulässigweise bebaut oder gewerblich genutzt sind oder
2. bebaut oder gewerblich genutzt werden dürfen.

(3) Beitragspflichtig sind die Eigentümer der Grundstücke. Ist das Grundstück mit einem Erbbaurecht belastet, so ist der Erbbauberechtigte an Stelle des Eigentümers beitragspflichtig. Mehrere Beitragspflichtige haften als Gesamtschuldner.

(4) Der Wegebaubeitrag ruht auf dem Grundstück als öffentliche Last. Solange an einem Grundstück ein Erbbaurecht besteht, ruht die öffentliche Last auf diesem.

§ 45

Beitragsfreie Grundstücke

(1) Beitragsfrei sind Grundstücke, die

1. der Landwirtschaft im Sinne des § 146 des Bundesbaugesetzes vom 23. Juni 1960 (Bundesgesetzblatt I Seite 341) dienen, wenn sie nicht bewohnt sind;
2. kleingärtnerisch im Sinne der Vorschriften des Kleingartenrechts genutzt werden;
3. öffentliche Grün- und Erholungsanlagen im Sinne des § 1 Absatz 1 des Gesetzes über Grün- und Erholungsanlagen vom 18. Oktober 1957 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 466) sind;
4. zu mehr als sieben Zehnteln ihrer Gesamtfläche zum Abstellen von Kraftfahrzeugen verwendet werden.

(2) Die Beitragsfreiheit besteht nur, solange die Voraussetzungen des Absatzes 1 gegeben sind.

§ 46

Berechnung des Grundbeitrages

(1) Der Wegebaubeitrag wird auf der Grundlage eines nach Wertstufen zu bemessenden Grundbeitrages für jeden Meter Frontlänge erhoben.

(2) Der Grundbeitrag wird durch ein besonderes Gesetz bestimmt. Er ist so zu bemessen, daß er nach Abzug der Kosten für Brücken, Tunnel und Unterführungen mit den dazu gehörigen Rampen sowie für die über eine Breite von 12 m hinausgehenden Teile der Fahrbahn 90 vom Hundert der tatsächlichen Aufwendungen des Trägers der Wegebaulast für den Ausbau des öffentlichen Wegenetzes nicht erreicht. Bei der Bemessung des Grundbeitrages sind auch die Kosten für Erschließungsanlagen im Sinne des § 127 Absatz 2 Nummern 2 und 3 des Bundesbaugesetzes vom 23. Juni 1960 (Bundesgesetzblatt I Seite 341) zu berücksichtigen.

(3) Auf den Wegebaubeitrag sind dem Beitragspflichtigen der Wert, den eine von ihm oder seinem Rechtsvorgänger unentgeltlich, kosten- und lastenfrei abgetretene Wegfläche im Zeitpunkt der Entstehung der Beitragspflicht hat, sowie der Betrag einer Sicherheitsleistung für den künftigen Wegebaubeitrag anzurechnen.

§ 47

Maßgebende Frontlänge

(1) Die Frontlänge ist die Strecke, mit der das Grundstück an öffentliche Wege grenzt.

(2) Der Frontlänge werden Frontlängen anderer Grundstücke hinzugerechnet, die wegen Art und Ausmaß der baulichen oder gewerblichen Ausnutzung des beitragspflichtigen Grundstücks unbebaut bleiben. Dient ein unbebautes Grundstück der Ausnutzung mehrerer Grundstücke, so ist seine Frontlänge allen Grundstücken zu gleichen Teilen anzurechnen. Entsprechendes gilt für Frontlängen von Grundstücken mit Gemeinschaftsanlagen (Abstellplätzen für Kraftfahrzeuge, privaten Grünanlagen, Kinderspielflächen, Trockenplätzen u.ä.).

(3) Bei Berechnung der Frontlänge bleiben die Strecken außer Betracht, mit denen das Grundstück

1. an eine Bundesfernstraße im Sinne des § 1 Absatz 2 des Bundesfernstraßengesetzes vom 6. August 1953 (Bundesgesetzblatt I Seite 903) in seiner jeweiligen Fassung grenzt, soweit der Bund Träger der Wegebaulast ist;
2. an eine zufahrts- und zugangsfreie Schnellstraße grenzt, für die der Träger der Wegebaulast die Freie und Hansestadt Hamburg ist.

(4) Die Frontlänge wird auf volle Meter nach unten abgerundet. Bei abgerundeten oder abgestumpften Ecken gilt als Trennpunkt zweier Wege die Mitte der Abrundung oder Abstumpfung.

§ 48

Wertstufeneinteilung

(1) Die endgültig hergestellten öffentlichen Wege werden in folgende Wertstufen eingeteilt:

Stufe A: Wege mit einer Fahrbahnbreite von mindestens 7 m;
Stufe B: Wege mit einer Fahrbahnbreite von mindestens 5 m;
Stufe C: Wege, die nicht unter die Stufen A oder B fallen, auch wenn es sich nur um Gehwege (Wohnwege) handelt.

(2) Bei der Einteilung in Wertstufen ist die geringste Breite der Fahrbahn maßgebend; örtliche Verengungen bleiben unberücksichtigt.

(3) Unterschiedliche Abschnitte eines Weges können verschiedenen Wertstufen zugeteilt werden, wenn sie durch Querstraßen, Brücken, Wasserläufe oder ähnliche Merkmale abgrenzbar sind.

(4) Bei der Berechnung der Breite der Fahrbahn bleiben Radfahrwege und Wegeteile, die nur dem Schienenverkehr dienen, unberücksichtigt.

(5) Bei Wegen mit mehreren Fahrbahnen werden die Fahrbahnbreiten zusammengezählt.

(6) Die Wertstufeneinteilung der Wege ist im Amtlichen Anzeiger bekanntzumachen.

§ 49

Ermäßigungen

(1) Für Grundstücke, die nur deswegen nicht nach § 45 Absatz 1 Nummer 1 beitragsfrei sind, weil sie bewohnt sind, wird der Wegebaubeitrag nur für eine Frontlänge bis zu 30 m und höchstens nach der Wertstufe B erhoben.

(2) Der Wegebaubeitrag ermäßigt sich für Grundstücke bis zu höchstens 2000 qm, die mit Familienheimen im Sinne des § 7 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes vom 27. Juni 1956 (Bundesgesetzblatt I Seite 523) bebaut sind, auf 50 vom Hundert. Handelt es sich bei diesen Grundstücken um Eckgrundstücke, so ermäßigt sich der Wegebaubeitrag auf 35 vom Hundert.

(3) Der Wegebaubeitrag ermäßigt sich für Eckgrundstücke an einem Wohnweg und Grundstücke an zwei Wohnwegen, sofern sie überwiegend Wohnzwecken dienen und Absatz 2 keine Anwendung findet, auf 65 vom Hundert. Wohnzwecke überwiegen, wenn die Wohnfläche einschließlich der Zubehöräume auf dem Grundstück die Flächen der Geschäftsräume und der gewerblich genutzten unbebauten Grundstücksteile übersteigt. Die Flächenberechnung erfolgt nach den Bestimmungen der §§ 42 bis 44 der Verordnung über wohnwirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz vom 17. Oktober 1957 (Bundesgesetzblatt I Seite 1719).

(4) Die Absätze 2 und 3 sind auf unbebaute Grundstücke anzuwenden, für die eine entsprechende Bebauung vorgesehen ist.

§ 50

Zuschläge

(1) Zum Wegebaubeitrag werden Zuschläge erhoben für Grundstücke, die

1. eine höhere als viergeschossige Bebauung haben;
2. zu mehr als sieben Zehnteln ihrer Gesamtfläche bebaut oder gewerblich genutzt sind;
3. an Wege der Wertstufe C grenzen und überwiegend gewerblich genutzt werden;
4. an Wege mit einer Fahrbahnbreite von mindestens 9 m grenzen und im Sinne des § 15 Absatz 3 Satz 3 genutzt werden.

(2) Im Falle des Absatzes 1 Nummer 1 beträgt der Zuschlag für das fünfte und jedes weitere Geschöß 10 vom Hundert des Wegebaubeitrages. Dachgeschosse bleiben zuschlagsfrei, wenn sie lediglich Abstellzwecken dienen. Unter-

geschosse bleiben unberücksichtigt. Werden mehrere Gebäude auf einem Grundstück errichtet, so bemisst sich der Zuschlag nach dem Gebäude mit der höchsten Geschößzahl. Entsteht durch die höhere Bebauung keine stärkere bauliche Ausnutzung als bei einer nach den baupolizeilichen Vorschriften zulässigen viergeschossigen Bebauung dieses Grundstücks, so werden keine Zuschläge erhoben.

(3) Im Falle des Absatzes 1 Nummer 2 beträgt der Zuschlag 10 vom Hundert, wenn die bebaute oder gewerblich genutzte Fläche sieben Zehntel der Gesamtfläche des Grundstücks übersteigt. Er erhöht sich jeweils um weitere 10 vom Hundert, wenn der Flächenanteil acht Zehntel oder neun Zehntel überschreitet. Die Flächen der in § 47 Absatz 2 bezeichneten Grundstücke werden angerechnet. Entsteht durch die Inanspruchnahme einer größeren Grundfläche keine stärkere Ausnutzung als bei einer nach den baupolizeilichen Vorschriften zulässigen viergeschossigen Bebauung, so werden keine Zuschläge erhoben.

(4) Im Falle des Absatzes 1 Nummer 3 wird als Zuschlag der Unterschiedsbetrag zwischen den Wertstufen B und C erhoben. Eine gewerbliche Nutzung des Grundstücks überwiegt, wenn der Umfang der gewerblich genutzten, bebauten oder unbebauten Flächen den Umfang der übrigen Flächen übersteigt. Auf die Berechnung sind § 49 Absatz 3 Sätze 2 und 3 entsprechend anzuwenden.

(5) Im Falle des Absatzes 1 Nummer 4 beträgt der Zuschlag 50 vom Hundert.

(6) Die Zuschläge werden nebeneinander erhoben.

§ 51

Entstehung und Vorausleistung

(1) Die Beitragspflicht entsteht, sobald die in § 15 Absätze 2, 3 oder 4 und in § 44 Absatz 2 Nummer 1 oder 2 genannten Voraussetzungen verwirklicht sind und die Wertstufeneinteilung im Amtlichen Anzeiger bekanntgemacht ist.

(2) Der Wegebaubeitrag ist vor auszuleisten, wenn ein Bauvorhaben genehmigt wird, bevor die Beitragspflicht entstanden ist. Die Vorausleistung ist nach der vorhandenen Fahrbahnbreite, mindestens nach der Wertstufe C, zu bemessen. Das gilt auch für Baugenehmigungen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes.

§ 52

Fälligkeit und Verrichtung

(1) Der Wegebaubeitrag wird durch Beschied an denjenigen festgesetzt, der im Zeitpunkt der Festsetzung beitragspflichtig ist (§ 44 Absatz 3). Maßgebend für den Umfang der Beitragspflicht sind die in diesem Zeitpunkt bestehenden Verhältnisse. Ist nach Zugang des Feststellungsbescheides eine Rechtsnachfolge eingetreten, so wirkt der Beschied gegen den Rechtsnachfolger.

(2) Der Wegebaubeitrag wird, auch im Falle der Vorausleistung, einen Monat nach der Festsetzung fällig. Er ist auf Antrag durch Beschied in eine Schuld umzuwandeln, die in höchstens zehn Jahresleistungen zu entrichten ist (Verrichtung). In dem Beschied sind die Höhe und der Zeitpunkt der Fälligkeit der Jahresleistungen zu bestimmen. Der jeweilige Restbetrag ist mit 5 vom Hundert, höchstens jedoch mit 2 vom Hundert über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen. Die Jahresleistung kann auch in monatlichen Teilbeiträgen erbracht werden. Die Jahresleistungen stehen wiederkehrenden Leistungen im Sinne des § 10 Absatz 1 Nummer 3 des Zwangsversteigerungsgesetzes gleich.

§ 53

Nacherhebung und Ablösung

(1) Der Wegebaubeitrag ist neu festzusetzen und der Mehrbetrag nachzuerheben, wenn

1. die Frontlänge eines Grundstücks sich durch eine Veränderung des öffentlichen Wegenetzes vergrößert,

2. der öffentliche Weg in eine höhere Wertstufe gelangt (§ 48),
3. die Voraussetzungen der beschränkten Beitragspflicht (§ 49) wegfallen oder sich ändern,
4. die Voraussetzungen der erhöhten Beitragspflicht (§ 50) nachträglich eintreten.

Im Falle der Nummer 2 kann die Nachzahlungspflicht dadurch abgelöst werden, daß zu dem Wegebaubeitrag ein Zuschlag in Höhe von 80 vom Hundert des Unterschiedsbetrages zwischen der festgesetzten Wertstufe und der Wertstufe A entrichtet wird.

- (2) Werden mehrere Grundstücke, von denen auch nur

ein Grundstück mit Wegebaubeiträgen belastet ist, zu einem Grundstück vereinigt, so ist der Wegebaubeitrag für die gesamte Frontlänge des neuen Grundstücks neu festzusetzen und der Mehrbetrag nachzuheben. Entsprechendes gilt, wenn die Grundstücke zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefaßt werden.

§ 54

Verhältnis zum Bundesbaugesetz

Die Vorschriften dieses Teiles treten an die Stelle der in § 132 des Bundesbaugesetzes vom 23. Juni 1960 (Bundesgesetzblatt I Seite 341) vorgesehenen Gemeindevorschriften.

ZEHNTER TEIL

Verfahren

§ 55

Beseitigungspflicht

(1) Wer eine nach diesem Gesetz unzulässige Handlung vorgenommen hat, ist verpflichtet, die Folgen dieser Handlung zu beseitigen und den ordnungsmäßigen Zustand wieder herzustellen.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend, wenn eine Erlaubnis zur Sondernutzung erloschen ist, insbesondere durch Fristablauf, Widerruf oder Rücknahme.

§ 56

Anordnungsbefugnis

Die Wegeaufsichtsbehörde kann die zur Durchführung dieses Gesetzes, insbesondere der Beseitigungspflicht nach § 55, erforderlichen Verfügungen gegen den Pflichtigen erlassen. Wer verpflichtet ist, bestimmt sich nach allgemeinem Polizeirecht, soweit dies Gesetz keine Regelung trifft. Die Vollzugsbeamten der Behörde können solche Verfügungen auch mündlich an Ort und Stelle treffen.

§ 57

Kostenfestsetzung

- (1) Sind nach den Bestimmungen dieses Gesetzes Kosten

zu erstatten, so werden diese durch Bescheid der Wegeaufsichtsbehörde festgesetzt.

(2) Zur Abgeltung der dem Träger der Wegebaulast bei der Ausführung von Arbeiten auf Veranlassung anderer oder bei der Beseitigung von Schäden entstehenden allgemeinen Unkosten werden Gemeinkostenzuschläge erhoben, deren Höhe der Senat durch Rechtsverordnung festsetzt.

§ 58

Verjährung des Zahlungsanspruchs

(1) Ansprüche auf Wegebaubeiträge verjähren in fünf Jahren, andere Zahlungsansprüche der Freien und Hansestadt Hamburg nach diesem Gesetz in drei Jahren. Die Frist beginnt mit dem Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Anspruch entstanden ist.

(2) Die Verjährung wird durch Festsetzung, Stundung, Anerkenntnis des Zahlungspflichtigen, schriftliche Zahlungsaufforderung, Rechtsmittel und jede nach außen in Erscheinung tretende Handlung der Behörde zur Feststellung des Schuldners unterbrochen. Mit Ablauf des Jahres, in dem die Unterbrechung ihr Ende erreicht hat, beginnt eine neue Verjährungsfrist.

(3) Durch die Verjährung erlischt der Anspruch. Entrichtete Beträge können jedoch nicht zurückgefordert werden.

ELFTER TEIL

Überleitung

§ 59

Vorhandene öffentliche Wege

Die beim Inkrafttreten des Gesetzes vorhandenen Straßen, Wege und Plätze sind öffentliche Wege im Sinne dieses Gesetzes, wenn sie nach den bisherigen Rechtsvorschriften dem Gemeingebrauch als öffentliche Straßen, Wege oder Plätze gewidmet worden sind oder wenn für die Widmung die Rechtsvermutung der unvorüberlichen Zeit besteht. Sie sind in das Wegeverzeichnis einzutragen; dabei ist auch der Träger der Wegebaulast anzugeben, sofern dies nicht die Freie und Hansestadt Hamburg ist.

§ 60

Übernahmepflicht für Unternehmerstraßen

(1) Die Freie und Hansestadt Hamburg hat unter den Voraussetzungen der Absätze 2 bis 4 die Wegebaulast für öffentliche Wege im Sinne des § 59 zu übernehmen, soweit sie beim Inkrafttreten dieses Gesetzes einem anderen obliegt.

Der Weg ist innerhalb von fünf Jahren zu übernehmen, sofern der bisherige Träger der Wegebaulast schriftlich zur Übernahme auffordert. Dies gilt nicht, wenn die Deutsche Bundesbahn oder eine andere Eisenbahn des öffentlichen Verkehrs im Sinne des § 1 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes vom 29. März 1951 (Bundesgesetzblatt I Seite 22) Träger der Wegebaulast ist.

(2) Die Freie und Hansestadt Hamburg muß Eigentümerin der Wegfläche sein oder werden. § 15 Absatz 2 findet entsprechende Anwendung.

(3) Der Weg muß nach den in Verträgen oder Straßenbaugenehmigungen festgelegten Bedingungen und Auflagen vollständig hergestellt sein. Sind weitere Bestimmungen über die endgültige Herstellung des Weges vorbehalten worden, so muß auch diesen Bestimmungen genügt sein, es sei denn, daß die Wegeaufsichtsbehörde binnen eines Jahres nach schriftlicher Aufforderung durch den bisher Verpflichteten keine zusätzlichen Bedingungen oder Auflagen gemacht hat.

(4) Der Weg muß bis zur Übernahme ordnungsgemäß unterhalten sein.

(5) Die Übernahme wird durch Bescheid gegenüber dem bisherigen Träger der Wegebauast ausgesprochen. Sie ist im Amtlichen Anzeiger bekanntzugeben und wird mit Beginn des Rechnungsjahres wirksam, das auf die Bekanntmachung folgt.

§ 61

Freiwillige Übernahme.

(1) Die Freie und Hansestadt Hamburg kann die Wegebauast auch übernehmen, wenn sie dazu nach § 60 nicht verpflichtet ist.

(2) Die Übernahmeabsicht wird den Trägern der Wegebauast, den Eigentümern der Wegeflächen und den Anliegern durch Bescheid mitgeteilt. Die Betroffenen können der Übernahme innerhalb einer Ausschlussfrist von einem Monat nach Zugang des Bescheides widersprechen. Die Übernahme ist im Amtlichen Anzeiger bekanntzugeben, wenn ihr nicht widersprochen wird oder die Widersprüche endgültig zurückgewiesen sind.

(3) Zu dem in der Bekanntmachung bestimmten Zeitpunkt treten folgende Rechtswirkungen ein:

1. Das Eigentum an dem Wege geht lastenfrei auf die Freie und Hansestadt Hamburg über, soweit es ihr nicht bereits zusteht.
2. Die Freie und Hansestadt Hamburg übernimmt die Wegebauast mit allen Rechten und Pflichten.

(4) Der Eigentumsübergang unterliegt nicht der Grunderwerbssteuer. Das Grundbuch ist auf Ersuchen der Wegebauaufsichtsbehörde zu berichtigen; für die Berichtigung bedarf es keiner Bescheinigung, daß steuerliche Bedenken nicht entgegenstehen.

(5) Für den Eigentumsübergang ist der bisherige Eigentümer durch eine angemessene Entschädigung in Geld abzufinden, sofern er nicht nach bisherigem Recht oder Verträgen zur unentgeltlichen Übertragung des Eigentums verpflichtet war. Soweit der bisherige Träger der Wegebauast Eigentümer war, gilt die Abfindung durch die Übernahme der Wegebauast als abgegolten. Satz 1 gilt entsprechend für die dinglich Berechtigten. § 43 Absatz 4 findet Anwendung.

(6) Bei der Übernahme kann die Freie und Hansestadt Hamburg Zahlung der Kosten verlangen, um den Weg vollständig herzustellen (§ 60 Absatz 3), seine Unterhaltung nachzuholen (§ 60 Absatz 4) und Entschädigung zu leisten (§ 61 Absatz 3). Der Anspruch richtet sich gegen die bisher Verpflichteten. Soweit mehrere Anlieger verpflichtet gewesen sind, haben sie nach dem Verhältnis der Frontlängen Zahlung zu leisten. Die §§ 44 Absätze 3 und 4, 47, 51 und 52 finden entsprechende Anwendung. Daneben können auch andere Anlieger bis zur Höhe der Wegebaubeiträge nach dem Neunten Teil dieses Gesetzes herangezogen werden.

§ 62

Wegebauast bis zur Übernahme

(1) Die Wegebauast verbleibt bis zur Übernahme durch die Freie und Hansestadt Hamburg im bisherigen Umfang unverändert bei dem bisherigen Träger. Für seine Verpflichtungen aus der Wegebauast haften auch die Anlieger im Verhältnis der Frontlängen ihrer Grundstücke zur Gesamtlänge des Weges. § 44 Absatz 4 findet Anwendung.

(2) Kommt der Träger der Wegebauast seinen Obliegenheiten hinsichtlich der Unterhaltung, Instandsetzung, Beleuchtung, Entwässerung und dergleichen nicht oder nicht ausreichend nach, so kann ihn die Wegebauaufsichtsbehörde dazu anhalten. Sie kann ihm, soweit er hierzu nach seiner Leistungsfähigkeit nicht in der Lage ist, auch gestatten, auf einen verkehrsunsicheren Zustand durch Warn- oder Sperrzeichen hinzuweisen.

§ 63

Bisherige Gehwegüberfahrten

Soweit nach bisherigem Recht eine Überfahrt rechtmäßig hergestellt ist, findet § 18 Anwendung; die Erlaubnis nach § 18 gilt als erteilt.

§ 64

Bisherige Sondernutzungen

Sondernutzungen, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtmäßig ausgeübt werden, bleiben unberührt; § 19 Absätze 4 und 5 sind jedoch anwendbar.

§ 65

Beitragsfreiheit in besonderen Fällen

(1) Wegebaubeiträge nach diesem Gesetz werden nicht erhoben.

1. soweit Anlieger für ihre Grundstücke nach bisherigem Recht für die endgültige Herstellung eines Weges zu Beiträgen veranlagt worden sind;
2. wenn ein Weg als fertiggestellte Unternehmerstraße oder nach den §§ 60 oder 61 dieses Gesetzes übernommen worden ist;
3. für Grundstücke in den ehemals preußischen Gebietsteilen, die an vorhandenen beitragsfreien Straßen liegen;
4. für Grundstücke im Gebiet einer ehemaligen hamburgischen Landgemeinde, soweit ein Weg vor dem 20. Juni 1948 endgültig hergestellt worden ist.

(2) Der endgültigen Herstellung im Sinne von Absatz 1 Nummer 1 steht in den ehemals preußischen Gebietsteilen die Fertigstellung im Sinne der Bekanntmachung über die baupolizeilichen Anforderungen an fertigen Straßen in dem ehemals preußischen Gebiet der Hansestadt Hamburg vom 14. September 1939 (Hamburgisches Verordnungsblatt Seite 149) gleich.

(3) Als vorhandene beitragsfreie Straßen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3 gelten die Teile des Wegenetzes, die im maßgeblichen Zeitpunkt dem inneren Ortsverkehr einer Gemeinde gedient haben, den Verkehrsverhältnissen entsprechend ausgebaut und überwiegend bebaut gewesen sind. Als maßgeblicher Zeitpunkt gilt der Tag, an dem das erste nach den §§ 12 und 15 des preußischen Fluchtliniengesetzes erlassene Ortsstatut in Kraft getreten ist; fehlt ein solches Ortsstatut, so ist der 1. April 1937 maßgebend.

(4) § 53 Absatz 1 Nummer 2 ist auf die in Absatz 1 genannten Wege entsprechend anzuwenden. Die Höhe des noch zu zahlenden Wegebaubeitrages bestimmt sich nach dem Mehrbetrag, der zu erheben sein würde, wenn für die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes vorhandene Fahrbahnbreite ein Beitrag nach dem Neunten Teil festgesetzt worden wäre.

§ 66

Anrechnung bisheriger Beiträge

(1) Der Wegebaubeitrag nach dem Neunten Teil wird um 60 vom Hundert ermäßigt, soweit ein öffentlicher Weg vor Inkrafttreten dieses Gesetzes vorläufig hergestellt worden ist und nach den bisherigen Rechtsvorschriften

1. in alt-hamburgischen Gebietsteilen Beiträge erhoben worden sind;
2. in einer ehemaligen hamburgischen Landgemeinde nur bestimmte Höchstbeträge gefordert werden konnten, aber nicht festgesetzt worden sind;
3. den Anliegern bestimmte Beträge auf die Kosten der endgültigen Herstellung anzurechnen wären;
4. die Anlieger nur verpflichtet waren, den Wert der Wegeflächen zu ersetzen.

(2) Sind in den ehemals preussischen Gebietsteilen Beiträge auf der Grundlage der Kostenspaltung (§ 15 des preussischen Fluchtliniengesetzes) erhoben worden, so ermäßigt sich der Wegebaubeitrag nach dem Neunten Teil dieses Gesetzes für eine abgeholte

1. Freilegung der Wegefläche um 15 vom Hundert;
2. Einrichtung der Fahrbahn um 40 vom Hundert;
3. Herstellung eines Gehweges um 15 vom Hundert;
4. Herstellung der Entwässerungs- oder Beleuchtungsanlagen um je 15 vom Hundert.

(3) Die nach den Absätzen 1 und 2 jeweils für ein Grundstück festzusetzenden Beiträge dürfen zusammen mit den nach bisherigem Recht festgesetzten Beiträgen die Höhe des Wegebaubeitrages nach dem Neunten Teil dieses Gesetzes nicht überschreiten.

§ 67

Angleichung der Wegebaubeiträge

(1) Ist beim Inkrafttreten dieses Gesetzes für einzelne Anlieger eines endgültig hergestellten Weges der Beitrag

bereits festgesetzt worden, so darf bis zum 31. Dezember 1965 auch von einem anderen Anlieger kein höherer Wegebaubeitrag als nach bisherigem Recht gefordert werden. Das gleiche gilt, wenn einer der anderen Anlieger bis zu diesem Zeitpunkt einen Antrag auf Festsetzung seines Beitrages gestellt hat.

(2) In den Fällen des § 65 Absatz 1 Nummern 1 und 4 und des § 66 bleiben die Zahlungspflichten für nach bisherigem Recht festgesetzte Beiträge unberührt, jedoch sind die §§ 52 Absatz 2 und 69 Absatz 2 dieses Gesetzes anzuwenden.

§ 68

Bisherige Reinigungspflichten

Ist nach den Rechtsvorschriften über die Wegereinigung, die bis zum 14. Oktober 1940 gegolten haben, noch beim Inkrafttreten dieses Gesetzes eine andere Person als der Anlieger zur Reinigung verpflichtet, so gilt diese Regelung bis zur Beendigung des Nutzungsverhältnisses fort.

ZWOLFTER TEIL

Schlußbestimmungen

§ 69

Befreiung

(1) Die Wegeaufsichtsbehörde kann von den Vorschriften dieses Gesetzes befreien, wenn die öffentlichen Belange die Abweichung erfordern oder wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde, die Abweichung mit öffentlichen Interessen vereinbar ist und keine wesentliche Beeinträchtigung der Belange Beteiligten mit sich bringt.

(2) Wegebaubeiträge und sonstige Zahlungsverpflichtungen auf Grund dieses Gesetzes können jedoch nur in entsprechender Anwendung des § 16 des Gebührengesetzes vom 5. Juli 1954 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 51) gestundet, erlassen oder erstattet werden.

§ 70

Ordnungswidrigkeiten

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. nicht zum Befahren bestimmte Wegflächen unbefugt mit Fahrzeugen benutzt;
2. einen öffentlichen Weg über den Gemeingebrauch oder den Anliegergebrauch hinaus ohne die nach § 19 erforderliche Erlaubnis benutzt;
3. die in einer Erlaubnis nach den §§ 18, 19 oder 22 enthaltenen Auflagen nicht erfüllt;
4. einen öffentlichen Weg ohne die nach § 22 erforderliche Erlaubnis verändert;
5. den Vorschriften des § 23 Absätze 1 bis 3 und 6 zuwiderhandelt;
6. einer Pflicht nicht nachkommt, die ihm nach den §§ 27 bis 32 und 34 bis 36 obliegt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann, wenn sie vorsätzlich begangen worden ist, mit Geldbuße bis zu 1000 Deutsche Mark, wenn sie fahrlässig begangen ist, mit Geldbuße bis zu 500 Deutsche Mark geahndet werden.

§ 71

Inkrafttreten und Aufhebung alter Vorschriften

(1) Dies Gesetz tritt am 1. Mai 1961 in Kraft.

(2) Gleichzeitig treten alle Vorschriften, soweit sie den Gegenstand dieses Gesetzes bisher geregelt haben oder dem Gesetz entgegenstehen, außer Kraft. Insbesondere werden in ihrer geltenden Fassung aufgehoben:

1. Die §§ 25, 31, 103, 104, 107 bis 113, 122 bis 126 und 129 der Bauordnung für die Stadt Hamburg vom 19. Juli 1918 (Amtsblatt Seite 1153);
2. die §§ 9 bis 23 des Bebauungsplangesetzes vom 31. Oktober 1923 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 1357);
3. die Straßenordnung vom 7. Juli 1902 (Amtsblatt Seite 359);
4. das Wegegesetz für das hamburgische Landgebiet vom 15. September 1933 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 363);
5. Straßenpolizeiordnung für den Stadtkreis Altona vom 11. Dezember 1913 (Altonaer Tageblatt und Ottenser Nachrichten Nr. 290 vom 11. Dezember 1913, 2. Beilage);
6. die Straßenordnung für die Stadt Harburg vom 3. Juni 1914 (Harburger Anzeigen und Nachrichten Nr. 206, 207 und 209 vom 6., 8. und 10. Juni 1914);
7. die Straßenverkehrspolizeiverordnung für Harburg-Wilhelmsburg vom 19. März 1929 (Amtsblatt der Regierung Lüneburg Seite 76);
8. die Allgemeine Straßenpolizei-Verordnung für Harburg-Wilhelmsburg vom 19. März 1929 (Amtsblatt der Regierung Lüneburg Seite 77);
9. § 12 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 der Baupolizei-Verordnung für die Hansestadt Hamburg vom 8. Juni 1938 (Hamburgisches Verordnungsblatt Seite 69);
10. die Verordnung über die Reinigung öffentlicher Wege in der Hansestadt Hamburg (Wegereinigungs-Verordnung) vom 1. Oktober 1940 (Hamburgisches Verordnungsblatt Seite 143);
11. die Satzung über die Verpflichtung der Anlieger zur Reinigung öffentlicher Wege in der Hansestadt Hamburg vom 1. Oktober 1940 (Hamburgisches Verordnungsblatt Seite 144) sowie die nach § 5 dieser Satzung aufrechterhaltenen Vorschriften;

12. die Straßenpolizeiordnung für die Stadt Bergedorf vom 20. März 1929 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 107);
13. die Polizeiverordnung, betreffend Erhaltung der Sicherheit, Ordnung und Reinlichkeit auf den öffentlichen Straßen der Gemeinde Lohbrügge, vom 15. Dezember 1932 (Amtsblatt der Regierung Schleswig Stück 52 vom 24. Dezember 1932, Sonderbeilage);
14. das Ortsstatut der Landgemeinde Lohbrügge, betreffend die Reinigung öffentlicher Wege, vom 12. Dezember 1929;
15. die Polizeiverordnung, betreffend Straßenreinigung in Harburg-Wilhelmsburg, vom 10. Oktober 1929;
16. die Verordnung über die Reinigung der Fußwege und Deichstrecken in den Geest-, Vicr- und Marschlanden vom 29. Dezember 1933 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 555);
17. die Polizeiverordnung, betreffend den Verkehr auf den Straßen und Plätzen in der Gemeinde Rahlstedt, vom 31. Juli 1928 (Rahlstedter Neueste Nachrichten Nummer 188 vom 11. August 1928);
18. die Polizeiverordnung über den Straßenhandel vom 20. Juni 1933 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 241);
19. der § 13 Absatz 1 Satz 4 des Finanzausgleichsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung des Gesetzes vom 27. April 1926 (Reichsgesetzblatt I Seite 203);
20. die Ortschaftsordnung über das allgemeine Bauverbot in dem ehemals preußischen Gebiet der Hansestadt Hamburg vom 14. September 1939 (Hamburgisches Verordnungsblatt Seite 148);
21. die Bekanntmachung über baupolizeiliche Anforderungen an fertige Straßen in dem ehemals preußischen Gebiet der Hansestadt Hamburg vom 14. September 1939 (Hamburgisches Verordnungsblatt Seite 149);
22. die Verordnung über die Erhebung von Vorausleistungen für die Wegeunterhaltung vom 25. November 1923 (Preußische Gesetzsammlung Seite 540);
23. die Verordnung über die Aufbringung von Straßenbaukosten in der Stadt Bergedorf vom 28. März 1934 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 166);
24. die Bekanntmachung, betreffend die öffentlichen Lösch- und Ladeplätze in der Stadt, vom 19. Juli 1901 (Amtsblatt Seite 344);
25. alle bisherigen Vorschriften über die Anlage von Straßen und die Erhebung von Anliegerbeiträgen, insbesondere die auf Grund des preußischen Gesetzes, betreffend die Anlage und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften, vom 2. Juli 1875 (Preußische Gesetzsammlung Seite 561) und des preußischen Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893 (Preußische Gesetzsammlung Seite 152) erlassenen Ortschaftsordnungen und die auf Grund der Hamburgischen Landgemeindeordnung vom 2. Januar 1924 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 34) erlassenen Verordnungen und Bekanntmachungen.

(3) Für das Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg treten außerdem außer Kraft, soweit sie nicht bereits durch das Bundesfernstraßengesetz vom 6. August 1953 (Bundesgesetzblatt I Seite 903) aufgehoben worden sind:

1. Das Gesetz über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung vom 26. März 1934 (Reichsgesetzblatt I Seite 243);
2. die Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung vom 7. Dezember 1934 (Reichsgesetzblatt I Seite 1237);
3. die Verordnung über die Straßenverzeichnisse vom 27. September 1935 (Reichsgesetzblatt I Seite 1193).

Ausgefertigt Hamburg, den 4. April 1961.

Der Senat

Gesetz

über die Höhe des Grundbeitrages nach dem Hamburgischen Wegegesetz

Vom 4. April 1961

Der Senat verkündet das nachstehende, von der Bürgerschaft beschlossene Gesetz:

Einziger Paragraph

Der Grundbeitrag nach § 46 in Verbindung mit § 48 des Hamburgischen Wegegesetzes vom 4. April 1961 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 117) beträgt für die

Stufe A	300 DM
Stufe B	200 DM
Stufe C	100 DM.

Ausgefertigt Hamburg, den 4. April 1961.

Der Senat

HAMBURGISCHES GESETZ- UND VERORDNUNGSBLATT

TEIL I

Nr. 17

DONNERSTAG, DEN 30. APRIL

1964

Gesetz

zur Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse

Vom 29. April 1964

Der Senat verkündet das nachstehende von der Bürgerschaft beschlossene Gesetz:

I. Zweite Änderung des Hamburgischen Wassergesetzes

§ 1

Das Hamburgische Wassergesetz vom 20. Juni 1960 mit der Änderung vom 2. März 1962 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1960 Seite 335 und 1962 Seite 61) wird wie folgt geändert:

1. Nach § 3 wird folgender § 3 a eingefügt:

„§ 3 a

Hochwasserschutzanlagen

- (1) Hochwasserschutzanlagen sind Deiche und andere Anlagen, die statt eines Deiches dem Schutz gegen Hochwasser zu dienen bestimmt sind.
- (2) Zur Hochwasserschutzanlage gehören, soweit nicht in einem festgestellten Plan oder in einer Genehmigung (§ 55) etwas anderes bestimmt ist,
 - a) die Grundfläche, auf der die Anlage ruht, einschließlich der Außen- und Binnenberme und der Schutzstreifen,
 - b) der Körper der Anlage,
 - c) das Zubehör und die zum Schutz der Anlage errichteten Werke."
2. Die Überschrift des Zweiten Teiles erhält folgende Fassung: „Eigentumsverhältnisse bei Gewässern und Hochwasserschutzanlagen“.
3. Nach § 4 wird folgender § 4 a eingefügt:

„§ 4 a

Öffentliches Eigentum an Hochwasserschutzanlagen

- (1) Hochwasserschutzanlagen, die auf Grund einer in das Wasserbuch eingetragenen Planfeststellung oder Genehmigung (§ 55) errichtet worden sind und der Freien und Hansestadt Hamburg gehören, stehen in öffentlichem Eigentum der Freien und Hansestadt Hamburg. Das öffentliche Eigentum begründet eine hoheitliche Sachherrschaft, die von den Deichverbänden im Rahmen ihrer durch Gesetz und Satzung geregelten Aufgaben, im übrigen von der Wasserbehörde ausgeübt wird. Die in öffentlichem Eigentum stehenden Gegenstände sind dem Rechtsverkehr entzogen. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbesondere über den Besitz und das Eigentum, finden keine Anwendung.
- (2) Das öffentliche Eigentum an einer Grundfläche oder an einem sonstigen Gegenstand besteht, solange diese zu einer Hochwasserschutzanlage gehören. Öffentliches Eigentum entsteht frühestens mit dem Zeitpunkt, in dem die Freie und Hansestadt Hamburg nach bürgerlichem Recht unbelastetes Eigentum erwirbt. Wird die Bestimmung zum Hochwasserschutz aufgehoben, so wird die Freie und Hansestadt Hamburg Eigentümerin im Sinne des bürgerlichen Rechts, jedoch besteht an öffentlichen Wegen das öffentliche Eigentum nach § 4 des Hamburgischen Wegegesetzes vom 4. April 1961 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 117) fort.
- (3) Werden Gegenstände von der Hochwasserschutzanlage getrennt, so verwandelt sich das öffentliche Eigentum an ihnen in bürgerlich-rechtliches Eigentum der Freien und Hansestadt Hamburg oder desjenigen, dem die Freie und Hansestadt Hamburg die Aneignung gestattet hat.

(4) Bauliche Anlagen, die auf oder unter einer in öffentlichem Eigentum stehenden Grundfläche für andere als die Freie und Hansestadt Hamburg hergestellt worden sind, werden nicht Bestandteil der Hochwasserschutzanlage. Bestehen solche baulichen Anlagen bei der Entstehung des öffentlichen Eigentums, so verlieren sie gleichzeitig ihre etwaige Eigenschaft als Bestandteil der Hochwasserschutzanlage.

(5) Grundflächen, an denen öffentliches Eigentum entstanden ist, sind aus dem Grundbuch auszuscheiden und zum öffentlichen Grund zu tilgen.

4. Die Überschrift von Abschnitt II des Sechsten Teiles erhält folgende Fassung:

„Deiche und Dämme“.

5. § 55 erhält folgende Fassung:

„§ 55

Erichtung und Veränderung von Hochwasserschutzanlagen und Dämmen

Die Errichtung, die Umgestaltung und die Beseitigung von Hochwasserschutzanlagen und von Dämmen, die den Hochwasserabfluß beeinflussen, bedürfen einer Planfeststellung oder Genehmigung entsprechend den §§ 48 und 49.“

6. § 56 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „Deiche und Dämme“ durch das Wort „Hochwasserschutzanlagen“ und in Satz 2 die Wörter „den Deich oder Damm“ durch die Wörter „die Hochwasserschutzanlage“ ersetzt.

b) In Absatz 2 Satz 1 werden die Wörter „einen Deich oder Damm“ durch die Wörter „eine Hochwasserschutzanlage“ ersetzt.

7. In § 57 Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „einen Deich oder Damm“ durch die Wörter „eine Hochwasserschutzanlage“ ersetzt.

8. § 55 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „ein Unternehmen nach § 55“ durch die Wörter „die Errichtung, die Umgestaltung oder die Beseitigung einer Hochwasserschutzanlage“ sowie die Wörter „einen Deich oder Damm“ durch die Wörter „eine Hochwasserschutzanlage“ ersetzt.

b) Als Absatz 2 wird eingefügt:

„Die Eigentümer und Nutzungsberechtigten von Bauanlagen haben deren Mitverwendung, Unterhaltung und Ausbau für den Hochwasserschutz im Rahmen der Planfeststellung oder Genehmigung nach § 55 zu dulden, soweit die Nutzung ihrer Anlagen nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Bauliche Veränderungen bedürfen der Zustimmung der Wasserbehörde. § 73 ist entsprechend anzuwenden.“

c) Absatz 2 wird Absatz 3 und erhält folgende Fassung: „Die Eigentümer und Nutzungsberechtigten der an eine Hochwasserschutzanlage angrenzenden Grundstücke und einer Bauanlage im Sinne von Absatz 2 haben alles zu unterlassen, was die Sicherheit der Hochwasserschutzanlage oder ihre Unterhaltung beeinträchtigen könnte.“

9. In § 59 Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „ein Deich oder Damm“ durch die Wörter „eine Hochwasserschutzanlage“ und die Wörter „dem Deich oder Damm“ durch die Wörter „der Hochwasserschutzanlage“ ersetzt.

10. § 60 erhält folgende Fassung:

„§ 60

Deichschau

(1) Die Hochwasserschutzanlagen sind von der Wasserbehörde regelmäßig zu schauen. Auf die Schau ist § 66 sinngemäß anzuwenden.

(2) Die Wasserbehörde kann von der Schau absehen, wenn der ordnungsgemäße Zustand der Hochwasserschutzanlage durch regelmäßige Schauen eines Deichverbandes sichergestellt ist.“

11. In § 61 werden die Wörter „Deichen und Dämmen“ durch die Wörter „Hochwasserschutzanlagen und Dämmen, die den Hochwasserabfluß beeinflussen“ sowie die Wörter „die Deiche und Dämme“ durch die Wörter „solche Anlagen“ ersetzt.

12. In § 62 wird das Wort „Deiche“ durch das Wort „Hochwasserschutzanlagen“ ersetzt.

13. § 63 a wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „Deichen, Dämmen und anderen Hochwasserschutzanlagen“ durch die Wörter „Hochwasserschutzanlagen und dadurch notwendigen Einrichtungen“ ersetzt.

b) In Absatz 2 Satz 1 werden die Wörter „den Deich oder Damm“ durch die Wörter „die Hochwasserschutzanlage“ ersetzt.

c) Absatz 4 wird gestrichen.

14. In § 64 Absatz 1 Satz 2 werden die Wörter „der Deiche und Dämme“ durch die Wörter „der Hochwasserschutzanlagen, der Dämme“ ersetzt.

15. § 74 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 erhält folgende Fassung:

„Zur Verbesserung des Hochwasserschutzes und zur Überführung bestehender Deiche in öffentliches Eigentum kann zugunsten der Freien und Hansestadt Hamburg enteignet werden.“

b) In Absatz 4 wird nach dem Wort „sind“ der Nebensatz „, soweit in den Absätzen 5 und 6 nichts anderes bestimmt ist,“ eingefügt.

c) Dem Absatz 4 wird folgender Satz 2 angefügt:

„Durch Enteignung können auch Sachen in, an oder auf oberirdischen Gewässern oder Hochwasserschutzanlagen sowie Rechte zur Nutzung oder Benutzung von oberirdischen Gewässern oder Hochwasserschutzanlagen entzogen werden.“

d) Es werden folgende Absätze 5 und 6 angefügt:

„(5) Werden nach § 63 a angeforderte Grundstücke oder Grundstücksteile enteignet, so ist für die Bemessung der Enteignungsentschädigung der Zustand des Grundstücks oder Grundstücksteiles im Zeitpunkt der Abnahme durch den Leistungsempfänger maßgebend. Auf die Enteignungsentschädigung sind die auf Grund der Anforderung zugestandenen Entschädigungen und Ersatzleistungen anzurechnen, soweit sie dieselben Vermögensnachteile betreffen.

(6) Ist ein Plan nach § 55 festgestellt oder genehmigt worden, so hat die Enteignungsbehörde die vorzeitige Besitzeneinweisung auszusprechen, soweit die sofortige Ausführung der beabsichtigten Maßnahme oder die Fortdauer des auf Grund einer Inanspruchnahme nach § 63 a erlangten Besitzes aus Gründen des Hochwasserschutzes dringend geboten ist. Die Besitzeneinweisung ist nicht davon abhängig, daß die Einleitung eines Enteignungsverfahrens beantragt worden ist, jedoch ist auf Verlangen des von der Besitzeneinweisung Betroffenen ein Enteignungsverfahren einzuleiten.“

16. Vor § 117 wird folgender § 116 a eingefügt:

„§ 116 a

Grunderwerbsteuerbefreiung

Von der Besteuerung nach dem Grunderwerbsteuergesetz vom 29. März 1940 (Reichsgesetzblatt I Seite 585) sind ausgenommen:

- a) Rechtsvorgänge nach den §§ 74, 78 und 104. Für die Berichtigung des Grundbuches bedarf es nicht der Bescheinigung des Finanzamtes, daß steuerliche Bedenken nicht entgegenstehen.
- b) Der freihändige Erwerb und der Austausch von Flächen zur Vermeidung oder Abwendung von Maßnahmen nach den §§ 74 und 78. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen wird von der zuständigen Behörde auf Antrag bescheinigt.

17. § 123 Absatz 1 erhält folgende Fassung:

„(1) Der Senat bestimmt durch Rechtsverordnung, welche bestehenden Deiche weiterhin Hochwasserschutzanlagen sind und welche bestehenden Dämme den Hochwasserabfluß beeinflussen (§ 55). Auf Deiche und Dämme, für die eine solche Bestimmung bis zum 31. Dezember 1967 nicht getroffen worden ist, sind die §§ 55 bis 62 und die fortgeltenden deichrechtlichen Vorschriften nicht mehr anzuwenden.“

II. Ordnung der Rechtsverhältnisse an bestehenden Deichen

§ 2

Rechtsumwandlung

(1) Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes entsteht öffentliches Eigentum im Sinne von § 4 a des Hamburgischen Wassergesetzes

- a) an allen Flurstücken und Flurstücksteilen, die im Liegenschaftskataster als „Deichgrund“ nachgewiesen sind, soweit nicht in Absatz 2 etwas anderes bestimmt ist,
- b) an allen in der Anlage 1 aufgeführten Flurstücken.

An der Rechtsumwandlung nehmen die in § 3 a Absatz 2 des Hamburgischen Wassergesetzes und die in § 2 Absatz 2 des Hamburgischen Wegegesetzes vom 4. April 1961 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 117) bezeichneten Gegenstände teil.

(2) Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes wird das Deicheigentum (§§ 51 bis 60 des Hamburgischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung vom 1. Juli 1958 — Sammlung des bereinigten hamburgischen Landesrechts 40 - e) an den Flurstücken und Flurstücksteilen, die zu den in der Anlage 2 aufgeführten Deichstrecken gehören, unbeschadet des § 8 in Eigentum bürgerlichen Rechts umgewandelt.

(3) Soweit öffentliches Eigentum entsteht, erlöschen

- a) alle Rechte an den betroffenen Grundstücksteilen einschließlich des Deicheigentums (§§ 51 bis 60 des Hamburgischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch),
- b) alle Rechte, die zum Erwerb, zum Besitz oder zur Nutzung der betroffenen Grundstücksteile berechtigen oder die den Verpflichteten in der Benutzung beschränken.

§ 3

Weiternutzung

(1) Die von der Rechtsumwandlung nach § 2 Absatz 1 betroffenen Grundflächen und sonstigen Gegenstände dürfen bis zur Überleitung nach § 8 Absatz 4 Buchstabe e wie bisher weitergenutzt werden, soweit sie auf Grund öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Befugnis genutzt worden sind. Der Berechtigte hat die Weiternutzung unter Angabe ihres Umfangs und seiner bisherigen Befugnis der Wasserbehörde innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten dieses Gesetzes schriftlich anzuzeigen; das gilt nicht für die ein Gebäude umgebenden Garten- und Hofflächen sowie für Hausanschlüsse von Versorgungsleitungen. Die Angaben sind auf Verlangen glaubhaft zu machen.

(2) Auf die nachbarrechtlichen Verhältnisse der zur Fortsetzung der Nutzung Berechtigten im Verhältnis zueinander und zu Dritten sind die nachbarrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 906 bis 924) und auf die Beeinträchtigung der Nutzung durch Dritte die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über den Besitzschutz entsprechend anzuwenden.

(3) Die Wasserbehörde kann die Weiternutzung jederzeit untersagen, soweit es der Hochwasserschutz erfordert. § 61 der Hamburgischen Wassergesetzes bleibt unberührt.

§ 4

Gebäudegrundflächen

(1) Abweichend von § 2 bleibt an der Grundfläche eines Gebäudes, das wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks ist, das Eigentum bürgerlichen Rechts bestehen; Eigentum beschränkter Inhalts (Deicheigentum) verwandelt sich in Eigentum bürgerlichen Rechts, Satz 1 gilt nicht, wenn die Grundfläche, die sich nach den Außenmaßen des Gebäudes in Fußbodenhöhe seines Erdgeschosses bestimmt, kleiner als 10 Quadratmeter ist.

(2) Im Grundbuch eingetragene Lasten und Beschränkungen bestehen als Belastungen des verkleinerten Grundstücks fort, sofern die Rechtsausübung nicht auf Teile des Grundstücks beschränkt war, die in öffentliches Eigentum übergehen.

§ 5

Entschädigung

(1) Für den Verlust von Grundeigentum erhält der bisherige Eigentümer, soweit nicht eine höhere Entschädigung nach Absatz 2 in Betracht kommt, eine Abfindung in Höhe von einer Deutschen Mark je Quadratmeter; bei Eigentum beschränkter Inhalts (Deicheigentum) beträgt die Abfindung 0,75 Deutsche Mark je Quadratmeter.

(2) Anstelle der Abfindung wird auf Antrag eine Entschädigung in Geld entsprechend dem Verkehrswert der Fläche gezahlt, soweit diese bisher rechtmäßig über eine Grasgewinnung am Deichkörper hinaus und nicht als öffentlicher Weg genutzt worden ist. Das gleiche gilt für Flächen, die nach dem 23. Mai 1949 für Deich- oder Wegebauten beansprucht worden sind; bereits geleistete Entschädigungen sind anzurechnen. Nach Inkrafttreten dieses Gesetzes ohne behördliche Zustimmung vorgenommene wertsteigernde Veränderungen bleiben unberücksichtigt.

(3) Nebenberechtigte im Sinne des § 97 Absatz 3 des Bundesbaugesetzes vom 23. Juni 1960 (Bundesgesetzblatt I Seite 341), die infolge des Erlöschens oder der Beschränkung ihrer Rechte nach § 2 oder § 4 Nachteile erleiden, werden durch angemessene Geldleistung gesondert entschädigt.

(4) In den Fällen der Absätze 2 und 3 wird für bauliche Anlagen und für Aufwuchs eine angemessene Entschädigung in Geld erst gewährt, wenn und soweit die Fläche nach § 3 Absatz 3 oder nach § 8 Absatz 4 Buchstabe e nicht mehr weitergenutzt werden darf.

(5) Die Entschädigung wird nach den tatsächlichen Umständen bei Inkrafttreten dieses Gesetzes, in den Fällen des Absatzes 2 Satz 2 nach den tatsächlichen Umständen bei der Inanspruchnahme, bemessen; in den Fällen des Absatzes 4 ist der Zeitpunkt maßgebend, von dem an die Nutzung nicht mehr fortgesetzt werden darf. Der Verkehrswert bestimmt sich nach den Verhältnissen bei der Festsetzung der Entschädigung.

(6) Wird in einem Grenzbereinigungsverfahren eine Fläche dem früheren Eigentümer oder Deicheigentümer wieder zugewiesen, so entfällt der Anspruch auf Abfindung und auf Entschädigung nach Absatz 2. Für Nachteile, die durch den vorübergehenden Rechtsverlust entstanden sind, wird eine angemessene Entschädigung in Geld gewährt.

§ 6

Erfüllung der Entschädigungsansprüche

(1) Das Abfindungs- und Entschädigungsverfahren wird für die einzelnen Deichstrecken durch Bekanntmachung im Amtlichen Anzeiger und in mindestens einer Tageszeitung eingeleitet. Die Bekanntmachung muß die Aufforderung enthalten, Ansprüche innerhalb einer Frist von drei Monaten anzumelden. Sie ist dem zuständigen Deichverband besonders mitzuteilen.

(2) Die zuständige Behörde hat auf eine gütliche Einigung mit den Berechtigten über die angemeldeten Ansprüche hinzuwirken. Soweit eine Einigung nicht zustande kommt, entscheidet sie über den Anspruch. Der Bescheid ist dem Antragsteller und denjenigen dinglich Berechtigten, die nicht nach § 5 Absatz 3 gesondert entschädigt werden, mit Rechtsmittelbelehrung zuzustellen.

(3) Die Abfindung sowie die Entschädigung nach § 5 Absätzen 2 und 3 werden von dem Inkrafttreten dieses Gesetzes an mit 5 vom Hundert jährlich verzinst. Die Entschädigung wird nicht verzinst, solange der Berechtigte die Fläche nach § 3 Absatz 1 weaternutzt.

(4) Ansprüche auf Abfindung sowie auf Entschädigung nach § 5 Absätzen 2 und 3 erlöschen, wenn sie nicht innerhalb von drei Kalenderjahren nach Ablauf der Anmeldefrist erhoben worden sind und auf diese Rechtsfolge in der Bekanntmachung (Absatz 1) hingewiesen worden ist.

(5) Entschädigung nach § 5 Absätzen 4 und 6 wird nur auf besonderen Antrag gewährt; Absatz 2 ist anzuwenden. Der Anspruch kann nur bis zum Ablauf von drei Kalenderjahren nach seiner Entstehung geltend gemacht werden.

§ 7

Rückumwandlung

(1) Endet nach § 123 Absatz 1 des Hamburgischen Wassergesetzes die Bestimmung einer Anlage zum Hochwasserschutz, so gelten abweichend von § 4 Absatz 2 Satz 3 des Hamburgischen Wassergesetzes mit Wirkung vom 1. Januar 1968 die Rechtsfolgen des § 2 Absatz 1 und Absatz 3 Buchstabe a als nicht eingetreten. Das gleiche gilt für die Rechtsfolgen des § 2 Absatz 3 Buchstabe b, bei Nutzungsberechtigten jedoch nur, soweit der Berechtigte bis zu diesem Zeitpunkt von der Befugnis zur Weaternutzung Gebrauch gemacht hat. Anstelle von Deicheigentum entsteht Eigentum bürgerlichen Rechts.

(2) Werden für eine Hochwasserschutzanlage vor dem 1. Januar 1968 durch eine Rechtsverordnung nach den §§ 62 und 123 Absatz 3 Satz 2 des Hamburgischen Wassergesetzes sämtliche deichrechtlichen Vorschriften aufgehoben, so tritt die Rückumwandlung nach Absatz 1 bereits mit Inkrafttreten der Verordnung ein.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, wenn sich auf oder an der früheren Hochwasserschutzanlage ein öffentlicher Weg befindet. Das öffentliche Eigentum besteht nach § 4 des Hamburgischen Wassergesetzes fort.

(4) Für Nachteile, die durch den vorübergehenden Rechtsverlust entstanden sind, wird anstelle der Abfindung und Entschädigung nach § 5 eine angemessene Entschädigung in Geld gewährt; § 6 Absätze 2 und 5 gelten entsprechend. Bereits empfangene Leistungen mit Ausnahme von Zinsen sind zu erstatten.

§ 8

Grenzberichtigung

(1) Für die von der Rechtsumwandlung nach § 2 betroffenen Grundstücke findet, soweit nicht die Absätze 1 und 2 des § 7 eingreifen, eine Grenzberichtigung statt. In die Grenzberichtigung können auch angrenzende Grundstücke einbezogen werden, wenn dies erforderlich ist, um die Entstehung von Splittergrundstücken oder von unwirtschaftlich geschnittenen Grundstücken zu vermeiden oder um die Grenzen der in öffentlichem Eigentum stehenden Flächen

mit den nach Absatz 2 Buchstaben a und b zu treffenden Feststellungen in Einklang zu bringen.

(2) Die Grenzberichtigung dient dem Zweck,

- a) die Grenzen der nach § 3 a des Hamburgischen Wassergesetzes zur Hochwasserschutzanlage gehörenden Grundflächen festzustellen, soweit sie nicht bereits in einem festgestellten Plan oder in einer Genehmigung (§ 55 des Hamburgischen Wassergesetzes) bestimmt sind,
- b) in den Fällen des § 2 Absatz 2 und des § 7 Absatz 3 die Grenzen der zum öffentlichen Weg gehörenden Grundflächen (§ 2 Absatz 2 des Hamburgischen Wassergesetzes) feststellen,
- c) die der Grenzberichtigung unterliegenden Grundstücke (Absatz 1) in ihrer Abgrenzung gegeneinander für eine zweckentsprechende Nutzung sinnvoll zu ordnen.

(3) Auf Antrag kann die Grenzberichtigung für einzelne Grundstücke auch vorläufig durchgeführt werden, wenn davon die Verwirklichung eines zulässigen privaten Bauvorhabens abhängt und anderenfalls die Interessen des Antragstellers in einer durch den Bereinigungszweck dieses Gesetzes nicht gerechtfertigten Weise beeinträchtigt würden.

(4) Für das Grenzberichtigungsverfahren gelten die §§ 2 bis 5, 6 Satz 1 und die §§ 7 und 9 des Gesetzes über die Bereinigung von Grundstücksgrenzen vom 17. September 1954 (Sammlung des bereinigten hamburgischen Landesrechts 3212 - h) in der jeweils geltenden Fassung entsprechend mit folgenden Abweichungen:

- a) Von § 2 Absatz 1 erfaßte Flächen, die nicht zu einer Hochwasserschutzanlage oder einem öffentlichen Weg gehören, sind dem früheren Eigentümer zu bürgerlich-rechtlichem Eigentum zuzuweisen, soweit die Ordnung des Grund und Bodens nicht die Zuweisung an einen anderen erfordert.
- b) Die zu einer Hochwasserschutzanlage oder einem öffentlichen Weg gehörenden Flächen sind der Freien und Hansestadt Hamburg zu öffentlichem Eigentum zuzuweisen.
- c) Ist eine Abfindung oder Entschädigung nach § 5 Absätzen 1 und 2 im Zeitpunkt der öffentlichen Auslegung des Ausgleichsverzeichnisses noch nicht festgesetzt worden, so entsteht für den früheren Eigentümer oder Deicheigentümer keine Pflicht zur Ausgleichszahlung für die zurückübertragenen Flächen.
- d) Für die Bemessung des Verkehrswertes gelten die Vorschriften in § 5 Absätzen 1 und 2 dieses Gesetzes sinngemäß.
- e) Nach § 3 Absatz 1 fortgesetzte Nutzungen sind entsprechend den Erfordernissen des Hochwasserschutzes und des öffentlichen Verkehrs unter Wahrung der Interessen der Beteiligten neu zu ordnen.

§ 9

Rechtsbehelfe, Rechtsmittel

(1) Gegen Verwaltungsakte nach den §§ 6 bis 8 kann gerichtliche Entscheidung beantragt werden. Über den Antrag entscheidet das Landgericht, Kammer für Baulandsachen.

(2) Gerichtliche Entscheidung kann erst beantragt werden, nachdem der Verwaltungsakt in einem Widerspruchsverfahren auf seine Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit nachgeprüft worden ist. Widerspruchsbescheide, welche gegenüber dem ursprünglichen Verwaltungsakt eine zusätzliche selbständige Beschwer enthalten oder die einen Dritten erstmalig beschweren, bedürfen einer solchen Nachprüfung nicht.

(3) Für das Widerspruchsverfahren gelten die §§ 69 bis 72 sowie 73 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (Bundesgesetzblatt I Seite 17). Für das gerichtliche Verfahren gelten die §§ 157 Absätze 2 bis 4, 158, 161 bis 163 und 166 bis 168 des Bundesbaugesetzes.

(4) Gegen das Endurteil des Landgerichts findet die Revision an das Oberlandesgericht, Senat für Baulandsachen, statt, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 50 Deutsche Mark übersteigt.

§ 10

Berichtigung der öffentlichen Bücher

(1) Grundbuch und Liegenschaftskataster werden entsprechend den nach den §§ 2, 4 und 7 eingetretenen Rechtsänderungen von Amts wegen berichtigt. Die zuständige Behörde übersendet dem Grundbuchamt hierzu einen amtlichen Plan (Karte und Verzeichnis), aus dem die Lage und Größe des Grundstücks sowie der Umfang der Rechtsänderung ersichtlich sind.

(2) Die Berichtigung von Grundbuch und Liegenschaftskataster ist, auch in den Fällen des § 8, frei von Gebühren

und sonstigen Abgaben. Das gilt nicht für die Kosten eines Rechtsstreits.

§ 11

Grunderwerbsteuerbefreiung

Rechtsvorgänge nach den Bestimmungen dieses Abschnitts sind von der Besteuerung nach dem Grunderwerbsteuergesetz vom 29. März 1940 (Reichsgesetzblatt I Seite 585) ausgenommen. Für die Berichtigung des Grundbuchs bedarf es nicht der Bescheinigung des Finanzamtes, daß steuerliche Bedenken nicht entgegenstehen.

III. Schlußbestimmungen

§ 12

(1) Dies Gesetz tritt am 1. Mai 1964 in Kraft. § 1 Nummer 16 gilt mit Wirkung vom 1. März 1960.

(2) Es werden aufgehoben, soweit sie nicht bereits außer Kraft getreten sind:

1. Die §§ 2 und 33 bis 35 der Deichordnung für die Landherrenschaften der Marschlande und Bergedorf vom

4. März 1889 (Sammlung des bereinigten hamburgischen Landesrechts 232 - c);

2. das Gesetz, betreffend Änderung deichrechtlicher Vorschriften, vom 26. Juni 1918 (Sammlung des bereinigten hamburgischen Landesrechts 3212 - f);

3. die §§ 51 bis 62 des Hamburgischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung vom 1. Juli 1958 (Sammlung des bereinigten hamburgischen Landesrechts 40 - e).

Ausgefertigt Hamburg, den 29. April 1964.

Der Senat

Anlage 1

Liste der Flurstücke nach § 2 Absatz 1 Buchstabe b

I. Bezirk Hamburg-Mitte

7. Finkenwerder-Westerdeich
Gemarkung Finkenwerder-Süd

Flurstücke Nr.

101	114	127	413	426
102	115	128	414	427
103	116	129	415	428
104	117	130	416	429
105	118	131	417	430
106	119	403	418	431
107	120	406	419	432
108	121	407	420	433
109	122	408	421	434
110	123	409	422	435
111	124	410	423	
112	125	411	424	
113	126	412	425	

8. Deich am Waltershofer Zollweg
Gemarkung Steinwerder-Waltershof

Flurstücke Nr.

555	161
624	218
837	219

9. Berliner Ufer
Gemarkung Kl. Grasbrook

Flurstücke Nr.

161	222
218	227
219	227
222	
227	

10. Potsdamer Ufer
Gemarkung Kl. Grasbrook

Flurstücke Nr.

202	314
220	
314	

11. Ausschläger Elbdeich
Gemarkung Billwerder Ausschlag

Flurstücke Nr.

1	544
437	1544
544	

12. Kaltehofe-Deich
Gemarkung Billwerder Ausschlag

Flurstücke Nr.

490	1044
492	1072
1026	1073
1027	1086
1043	1087

13. Deich der Billwerder Insel
Gemarkung Billwerder Ausschlag

Flurstücke Nr.

489	1090	1100
888	1091	1112
889	1092	1113
1074	1093	1589
1089	1095	1590

1. Neßdeich

Gemarkung Finkenwerder-Nord

Flurstücke Nr.

10
669
1412
1662

2. Finkenwerder-Norderdeich

Gemarkung Finkenwerder-Nord

Flurstück Nr.

201

3. Steendiek

Gemarkung Finkenwerder-Nord

Flurstück Nr.

1415

4. Auedeich

Gemarkung Finkenwerder-Süd

Flurstücke Nr.

527	714	729	744	759
528	715	730	745	760
699	716	731	746	761
700	717	732	747	763
702	718	733	748	764
703	719	734	749	765
704	720	735	750	766
705	721	736	751	767
706	722	737	752	768
708	723	738	753	769
709	724	739	754	803
710	725	740	755	804
711	726	741	756	870
712	727	742	757	
713	728	743	758	

5. Osterfeldeich

Gemarkung Finkenwerder-Süd

Flurstücke Nr.

499	526	582	616	658
503	551	586	617	661
504	557	587	618	663
509	560	591	621	670
510	566	592	622	673
511	572	600	623	684
512	573	601	630	687
513	574	602	651	770
514	577	607	654	
515	579	614	655	

6. Finkenwerder-Süderdeich

Gemarkung Finkenwerder-Süd

Flurstücke Nr.

138	164	211	243	460
139	165	212	245	461
143	182	217	263	462
144	183	220	327	463
153	195	233	457	
154	207	234	458	
155	208	237	459	

II. Bezirk Bergedorf

1. An der Schillingsbrücke
Gemarkung Moorfleet
Flurstück Nr. 1191
2. Tatenberger Deich
Gemarkung Tatenberg
Flurstücke Nr. 644
645
3. Moorfleeter Deich
Gemarkung Moorfleet
Flurstücke Nr. 902 908 1411
905 1000 1412
907 1003
Gemarkung Allermöhe
Flurstücke Nr. 291 310 353
292 311 354
293 312 362
294 313 1530
295 350
299 352
4. Allermöher Deich
Gemarkung Allermöhe
Flurstücke Nr. 670 673 721
671 674 728
672 675
5. Reitdeich
Gemarkung Reitbrook
Flurstücke Nr. 10 190 194
81 193 921
6. Westlicher Schleusengrabendeich
Gemarkung Allermöhe
Flurstücke Nr. 1347
1350
1362
7. Südlicher Schleusengrabendeich
Gemarkung Allermöhe
Flurstücke Nr. 1259
1346
8. Schleusendamm
Gemarkung Allermöhe
Flurstück Nr. 1367
Gemarkung Neuengamme
Flurstücke Nr. 2718
2719
9. Heinrich-Osterath-Straße
Gemarkung Kirchwerder
Flurstücke Nr. 147
330
333
334
10. Kirchwerder Hausdeich
Gemarkung Kirchwerder
Flurstücke Nr. 4804 5031
4868 5072
4951 5186

III. Bezirk Harburg

1. Cranzer Elbdeich
Gemarkung Cranx
Flurstücke Nr. 54
55
277
2. Etedeich
Gemarkung Cranx
Flurstücke Nr. 203
212
215
434
Gemarkung Hasselwerder
Flurstücke Nr. 1506
1507
3. Neuenfelder Fährdeich
Gemarkung Hasselwerder
Flurstücke Nr. 132 1228 1488
1230 1508
1245 1509
4. Elbdeich an der Hasselwerder Straße
Gemarkung Hasselwerder
Flurstücke Nr. 674
712
724
725
5. Elbdeich an den Wegen Vierzigstücken — Achtern Brack
Gemarkung Nincop
Flurstücke Nr. 719
720
Gemarkung Francop
Flurstücke Nr. 726
766
6. Elbdeich an der Hohenwischer Straße
Gemarkung Francop
Flurstücke Nr. 306 436 438 440 442
313 437 439 441 600
 $\frac{1}{1}$ (Fl. 6)
7. Altenwerder Elbdeich
Gemarkung Altenwerder
Flurstücke Nr. 72 92 226 323 351 384 404
73 95 231 324 360 385 405
74 96 289 325 361 386 406
75 100 182 (Fl. 5) 330 368 387 415
79 101 300 331 369 388 495
82 106 304 332 373 389 502
83 107 305 335 376 390 538
86 110 310 344 377 391 0.150 (Fl. 9)
87 111 315 345 378 394 1149
88 114 319 348 379 395
91 179 319 349 383 396

8. Dreikatendeich
Gemarkung Altenwerder

Flurstücke Nr.

232	253	1027	1047	1059
233	13 (Fl. 10)	1028	1048	1060
235		1033	1049	1061
236	254	1038	1050	1062
237	13 (Fl. 10)	1039	1051	1063
242		1040	1052	1064
244		1041	1053	1065
	317 (Fl. 9)	1042	1054	1066
	0.136	1043	1055	1067
		1044	1056	1068
	470 (Fl. 9)	1045	1057	1070
	146	1046	1058	

9. Altenwerder Süderdeich
Gemarkung Altenwerder

Flurstücke Nr.

354	810	845	872	902	936
59 (Fl. 10)	811	846	873	903	937
725	822	847	874	904	938
726	823	848	875	905	939
727	824	849	879	910	951
733	825	850	880	911	952
734	826	851	881	912	953
735	827	852	882	913	954
746	832	853	883	914	1072
747	833	854	884	921	1146
748	834	855	885	922	1147
749	835	856	886	923	1152
757	836	857	890	924	
758	837	858	891	925	
759	838	859	893	926	
804	839	860	894	927	
805	840	867	895	928	
806	841	868	896	932	
807	842	869	899	933	
808	843	870	900	934	
809	844	871	901	935	

10. Altenwerder Westerdeich
Gemarkung Altenwerder

Flurstücke Nr.

64	549	675	691	706
65	550	676	692	707
68	551	678	693	708
69	554	679	694	709
71	555	680	695	717
457 (Fl. 5)	556	681	696	719
182	557	682	697	720
533	560	683	698	724
534	561	684	699	
535	562	685	700	
544	567	686	701	
545	568	687	702	
546	571	688	703	
547	572	689	704	
548	573	690	705	

11. Obergeorgswerder Deich
Gemarkung Wilhelmsburg

Flurstücke Nr.

159	1360	1928	1933	1937
2 (Fl. 5 alt)	1368	1930	1934	1938
159	1922	1931	1935	4612
4 (Fl. 5 alt)	1924	1932	1936	

12. Jenseitsse Deich
Gemarkung Wilhelmsburg

Flurstücke Nr.

408	408	2411
3 (Fl. 6)	7 (Fl. 6)	2412
408	408	2413
4 (Fl. 6)	8 (Fl. 6)	2497
408	408	2498
6 (Fl. 6)	9 (Fl. 6)	2499
		2509
		3164

13. Goetjensortor Deich
Gemarkung Wilhelmsburg

Flurstück Nr. 3173

14. Einlagedeich
Gemarkung Wilhelmsburg

Flurstücke Nr.

628	3672	3677	4107	4398	4412
437 (Fl. 6)	3673	3678	4108	4399	4391
	3674	3679	4109	4400	5230
743	3675	3680	4116	4402	5231
437 (Fl. 6)	3676	3700	4397	4406	5232
					5233

15. Alter Stülhorne Deich
Gemarkung Wilhelmsburg

Flurstücke Nr.

313	647	792	4486
1 (Fl. 6)	375 (Fl. 6)	331 (Fl. 6)	4487
437	650	4376	4488
5 (Fl. 6)	437 (Fl. 6)	4380	4489
625	701	4381	4542
437 (Fl. 6)	382 (Fl. 6)	4382	5107
627	788	4383	5178
437 (Fl. 6)	306 (Fl. 6)	4401	5203

16. Deich am Finkenriek
Gemarkung Wilhelmsburg

Flurstücke Nr.

681	4490	4494	4503
313 (Fl. 7 alt)	4491	4500	4504
682	4492	4501	4505
313 (Fl. 7 alt)	4493	4502	4750

17. König-Georg-Deich
Gemarkung Wilhelmsburg

Flurstücke Nr.

34	286	3197	4444
1 (Fl. 9 alt)	34 (Fl. 9 alt)	3708	4446
		3709	4466
68 (Fl. 69)	3196	3710	4467
1		4435	4706

18. Haulander Weg
Gemarkung Wilhelmsburg

Flurstücke Nr.

1	3182	3188
1 (Fl. 69)	3187	3189

19. Schlingendeich
Gemarkung Wilhelmsburg

Flurstücke Nr.

46	1443	1956
37 (Fl. 74)	1954	1960

20. Reiherstiegdeich
Gemarkung Wilhelmsburg

Flurstücke Nr.

24	46	63	69	652
1	1	1	1	653
(Fl. 78)	(Fl. 80)	(Fl. 77)	(Fl. 77)	654
26	53	63	70	655
1	1	2	1	656
(Fl. 77)	(Fl. 76)	(Fl. 77)	(Fl. 77)	657
31	54	64	71	658
1	1	1	1	672
(Fl. 77)	(Fl. 76)	(Fl. 77)	(Fl. 77)	673
39	55	65	72	674
2	1	1	1	685
(Fl. 78)	(Fl. 76)	(Fl. 77)	(Fl. 77)	1384
39	56	66	73	1385
3	1	1	1	1391
(Fl. 78)	(Fl. 76)	(Fl. 77)	(Fl. 77)	1439
41	57	67	74	5278
1	1	1	1	5279
(Fl. 78)	(Fl. 76)	(Fl. 77)	(Fl. 77)	
44	62	68	135	
1	1	1	1	
(Fl. 80)	(Fl. 77)	(Fl. 77)	(Fl. 75)	

21. Ernst-August-Deich
Gemarkung Wilhelmsburg

Flurstück Nr.

73

22. Potsdamer Ufer
Gemarkung Wilhelmsburg

Flurstücke Nr.

31	75	5095
32	76	5100
33	77	5104
74	78	

23. Berliner Ufer
Gemarkung Wilhelmsburg

Flurstücke Nr.

5099
5102
5105

24. Moorwerder Westerdeich
Gemarkung Moorwerder

Flurstück Nr.

344

25. Moorwerder Norderdeich
Gemarkung Moorwerder

Flurstücke Nr.

292
672
673

26. Neuländer Elbdeich
Gemarkung Harburg

Flurstücke Nr.

138	141	151	370
1	1	1	43
(Fl. 10)	(Fl. 10)	(Fl. 10)	(Fl. 10)
139	142	152	934
1	1	1	936
(Fl. 10)	(Fl. 10)	(Fl. 10)	937
140	149	369	
1	1	43	
(Fl. 10)	(Fl. 10)	(Fl. 10)	

Gemarkung Neuland

Flurstücke Nr.

10	10	48	429	10	206
35	48	5	225	(Fl. 2)	11
(Fl. 10)	(Fl. 10)	(Fl. 4)	(Fl. 2)	12	303
10	10	94	435	(Fl. 2)	53
36	50	38	225	(Fl. 2)	54
(Fl. 10)	(Fl. 10)	(Fl. 4)	(Fl. 2)	61	446
10	10	121	6	62	461
44	113	56	8	65	462
(Fl. 10)	(Fl. 10)	(Fl. 3)		110	467
10	46	325			
(Fl. 10)	(Fl. 4)	282	(Fl. 6)		

27. Östlicher und westlicher Deich der Moorwetteren
Gemarkung Neuland

Flurstücke Nr.

454	456	514
455	513	515

Gemarkung Harburg

Flurstück Nr.

960

28. Seevedeich (einschließlich Kanzlershof)
Gemarkung Wilstorf

Flurstücke Nr.

1727
1728

Gemarkung Rönneburg

Flurstücke Nr.

1	20	45	292	485
4	22	49	95	(Fl. 1)
5	25	160	298	487
8	26	222	105	(Fl. 1)
10	31	282	299	491
12	34	7	105	(Fl. 1)
13	35	291	330	496
16	39	95	95	(Fl. 1)
17	42			512
				514

Liste der Deichstrecken nach § 2 Absatz 2

I. Bezirk Hamburg-Mitte

1. Billbrookdeich
2. Billstieg

II. Bezirk Bergedorf

1. Billwerder Billdeich vom Oberen Landweg (ab Flurstück 480 einschließlich) bis zum Unteren Landweg
2. Deich an der Brookweiterung vom Altengammer Elbdeich bis zum Neuen Weg in Bergedorf (Horster Damm, Brookdeich)
3. Curslacker Neuerdeich vom Flurstück 938 nördlich Kurfürstendeich (einschließlich) bis zum Bahndamm Bergedorf-Geesthacht
4. Hofschlägerdeich vom Spadenländer Elbdeich (ab Flurstück 293 einschließlich) bis zur Ochsenwerder Landstraße
5. Tatenberger Damm vom Tatenberger Deich (ab Flurstück 105 einschließlich) bis zum Entwässerungsgraben
6. Querdeich zwischen Curslacker Neuerdeich und sogenanntem Treideldeich

III. Bezirk Harburg

Moorwerder Osterdeich zwischen den Flurstücken 72 und 49 (jeweils einschließlich).

